

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

JOÃO PAULO DE SOUZA CARNEIRO

**DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE:
UMA LEITURA CRÍTICA DO MODELO
TEÓRICO DE ROBERT ALEXY**

Florianópolis
2015

JOÃO PAULO DE SOUZA CARNEIRO

**DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE:
UMA LEITURA CRÍTICA DO MODELO
TEÓRICO DE ROBERT ALEXY**

Dissertação submetida ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do
título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Luiz Henrique
Urquhart Cademartori Dr.

**Florianópolis
2015**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

CARNEIRO, JOÃO PAULO DE SOUZA
DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: UMA LEITURA
CRÍTICA DO MODELO TEÓRICO DE ROBERT ALEXY / JOÃO PAULO DE
SOUZA CARNEIRO ; orientador, Luiz Henrique Urquhart
Cademartori - Florianópolis, SC, 2015.
212 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito à saúde. 3. Judicialização. 4.
Teoria dos direitos fundamentais. 5. Robert Alexy. I.
Urquhart Cademartori, Luiz Henrique. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

JOÃO PAULO DE SOUZA CARNEIRO

**DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE:
UMA LEITURA CRÍTICA DO MODELO
TEÓRICO DE ROBERT ALEXY**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis,

Professor Doutor Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Banca examinadora:

Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Presidente - UFSC

Professora Doutora Cristiane Derani

Professora Doutora Grazielly Alessandra Baggenstoss

Professor Doutor Matheus Felipe de Castro

RESUMO

O presente texto insere-se na temática da justiciabilidade do direito à saúde, mais especificamente na questão concernente à busca de referenciais teóricos que balizem o tratamento dessa questão. É uma dissertação que tem como objetivo verificar a adequação do modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy para balizar a apreciação de demandas judiciais em que se pleiteiam prestações de saúde não previstas em lei. Na primeira seção, dá-se uma visão panorâmica sobre o problema da delimitação judicial do direito à saúde no Brasil, identificando duas questões que a cercam: a “intromissão” e a “injustiça”. Na segunda seção, expõe-se os principais pontos do modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy, abordando-se o tratamento por ele dado ao tema da argumentação jurídica, traçando-se os principais aspectos da sua “Teoria dos direitos fundamentais”, dedicando-se atenção especial à questão dos direitos fundamentais sociais. No início da terceira seção, apontam-se determinadas características do referido modelo que podem ser vistas como vulnerabilidades. Na sequência, mediante o emprego do método hipotético-dedutivo, realiza-se uma experimentação em três etapas, na qual se simula a aplicação das teses defendidas por Robert Alexy na resolução de um caso em que se pede o fornecimento de um medicamento. Os resultados da experimentação indicam que o modelo em estudo, ao considerar o discurso jurídico como parte do discurso prático geral, contamina o Direito com critérios extrajurídicos que o enfraquecem, e que acabam por sobrecarregar o processo decisório judicial com uma exigência de fundamentação dificilmente suprível. Assim, da experimentação realizada extraem-se indícios da inadequação do modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy para balizar a apreciação de demandas relacionadas ao direito social à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Teoria dos direitos fundamentais. Robert Alexy.

ABSTRACT

This text is about the issue of justiciability of the right to health care, specifically the question concerning the search for a theoretical approach that give directions on how to handle this issue. It is a thesis that aims to check the suitability of the theoretical model of fundamental rights developed by Robert Alexy in guiding the judgment of lawsuits pleading health benefits not provided by infra-constitutional law. The first section gives an overview of the problem concerning the judicial task of drawing the boundaries of the right to health in Brazil, identifying two issues related to this: the “intrusiveness” and the “injustice”. The second section sets up the main points of the theoretical model of fundamental rights developed by Robert Alexy, approaching the treatment given to legal reasoning, and pointing out the main aspects of the “Theory of constitutional rights”, highlighting the question of fundamental social rights. In the beginning of the third section, this text refers to certain features of the Robert Alexy’s model that could be seen as weaknesses. After that, following the hypothetical-deductive method, an experiment divided in three stages is conducted; this experiment consists on a simulation of a judgment where the ideas defended by Robert Alexy are applied to decide a lawsuit requesting the supply of a drug. The results of the experiment indicate that the model applied, in so far as it considers the legal discourse as a part of the broader general practical discourse, infects the legal system with extra-legal criteria that weaken it, and, besides that, overload the judicial decision-making with a hardly achievable requirement to give reasons. Thus, the experiment here performed indicates that the theoretical model of fundamental rights developed by Robert Alexy is not suitable to guide the judgment of lawsuits related to the social right to health care.

Keywords: Right to health care. A theory of constitutional rights. Robert Alexy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 UM PROBLEMA: A DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	23
1.1 AMPLITUDE PRESTACIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	24
1.1.1 Amplitude prestacional em grau zero.....	29
1.1.2 Amplitude prestacional em grau máximo.....	32
1.1.3 Amplitude prestacional em grau mínimo	34
1.1.4 Amplitude prestacional em grau variável.....	38
1.2 DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	40
1.2.1 Uma decisão generosa.....	43
1.2.2 Uma decisão restritiva.....	46
1.2.3 Uma decisão que busca o meio-termo.....	49
1.3 RISCOS DA DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: “INTROMISSÃO” E “INJUSTIÇA”.....	55
1.3.1 A questão da “intromissão”	59
1.3.2 A questão da “injustiça”	64
2 UM REFERENCIAL: O MODELO TEÓRICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY	69
2.1 IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXY	71
2.1.1 A tese do caso especial	74
2.1.2 Enumeração das regras e formas do discurso prático geral e das regras e formas do discurso jurídico.....	78
2.1.2.1 Lista das regras e formas do discurso prático geral.....	79

2.1.2.2 Lista das regras e formas do discurso jurídico	85
2.1.2.3 Coincidências entre as regras dos discursos.....	94
2.1.3 Argumentação no âmbito dos direitos fundamentais	96
2.2 ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	101
2.2.1 Direitos fundamentais e distinção entre regras e princípios.....	105
2.2.2 O problema das restrições aos direitos fundamentais	107
2.2.3 Determinação do suporte fático dos direitos fundamentais.....	110
2.2.4 Direitos fundamentais como princípios	113
2.2.4.1 A regra da proporcionalidade.....	116
2.2.4.2 A lei de colisão.....	118
2.2.4.3 A lei do sopesamento	120
2.2.4.4 A fórmula do peso.....	123
2.3 CONDIÇÕES DE RECONHECIMENTO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DEFINITIVO	125
2.3.1 Fórmula de determinação de um direito fundamental social definitivo	128
2.3.2 “Empate” e discricionarietà.....	132
3 UM TESTE: APLICAÇÃO DO MODELO TEÓRICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY NA DELIMITAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	137
3.1 O MODELO É APLICÁVEL?	138
3.1.1 Há necessidade de considerar a liberdade fática?	140
3.1.2 O sopesamento trata de grandezas comparáveis?	143
3.1.3 Existe sopesamento entre princípio formal e princípio material?	146
3.1.4 Há parâmetros para o sopesamento?	148

3.1.5 Como identificar os direitos e bens objeto do sopesamento?	151
3.2 EXPERIMENTAÇÃO EM TRÊS ETAPAS.....	153
3.2.1 Um experimento “falho”	156
3.2.2 Introdução de elementos corretores da intromissão e da injustiça	158
3.2.3 Um experimento “corrigido”	162
3.3 LEITURA DOS RESULTADOS	179
3.3.1 A correção da injustiça poderia ter sido menos impactante ou sequer ter sido feita	181
3.3.2 A correção da intromissão requereria argumentos sólidos e corretos.....	184
3.3.3 Alguns achados	187
4 CONCLUSÃO	193
REFERÊNCIAS.....	197

INTRODUÇÃO

O título completo do presente trabalho poderia ser este: “uma tentativa de resolver o caso tratado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, mediante a aplicação do modelo teórico de direitos fundamentais proposto por Robert Alexy, tal como apreendido pela leitura da sua ‘Teoria dos direitos fundamentais’, e considerando elementos da sua ‘Teoria da argumentação jurídica’”. Com esse título, o trabalho revelaria o objetivo deste trabalho, que é, fundamentalmente, fazer um exercício para verificar como as ideias de Robert Alexy funcionariam na apreciação de demandas relacionadas ao direito à saúde, tomando-se uma delas como exemplo.

Este trabalho insere-se no tema da justiciabilidade do direito fundamental social à saúde, entendido como direito a uma prestação positiva por parte do Estado. O tema da justiciabilidade do direito à saúde oferece diversos aspectos que merecem investigação: pode-se estudar a questão dos sujeitos que demandam prestações de saúde em juízo; podem-se estudar os motivos que levam à demanda judicial por prestações de saúde; podem-se estudar as dificuldades relacionadas ao encaminhamento de tais demandas; os recursos disponíveis para quem demanda; os objetivos reais dos demandantes; os fundamentos fáticos e jurídicos mencionados nas demandas; pode-se investigar, também, a questão da jurisdição competente para a apreciação das demandas; a questão do cumprimento efetivo das decisões judiciais que determinam a outorga de prestações de saúde; e assim por diante. Como se pode perceber, a justiciabilidade do direito à saúde é um tema com várias faces que convida a uma abordagem multidisciplinar.

O presente trabalho não vai se aventurar a uma abordagem multidisciplinar da justiciabilidade do direito fundamental social à saúde. O que é objeto deste trabalho é apenas o ponto relacionado à *delimitação judicial do direito fundamental social à saúde*, tido como o momento em que se procede à adjudicação de uma prestação de saúde a um demandante. Para os fins deste trabalho, o direito fundamental social à saúde deve ser entendido como um direito originário a prestações, ou seja, como um direito deduzido diretamente do texto constitucional, sem interposição legislativa. Não se tratará, portanto, das normas infraconstitucionais concretizadoras do direito fundamental social à saúde, ou seja, do direito à saúde como um direito derivado a prestações.

Para cumprir a finalidade de realizar um exercício de delimitação judicial do direito fundamental social à saúde enquanto direito originário

a prestações, este trabalho adotará um único modelo teórico para estudo: o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy. Para realizar o exercício “sem preconceitos”, serão ignoradas ou relevadas as deficiências eventualmente apresentadas por esse modelo. Embora inegavelmente interessantes, outras perspectivas, como o garantismo de Luigi Ferrajoli ou o ponderacionismo especificacionista de José Juan Moreso não serão tratadas aqui.

O exercício a ser desenvolvido no final deste trabalho orienta-se pela seguinte indagação: “o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy é adequado para balizar a delimitação judicial do direito fundamental social à saúde no Brasil?”. Em rigor, a resposta a essa indagação exigiria uma experimentação assaz complexa: em primeiro lugar, deveria haver uma definição incontestada do que se entende por “modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy”, preferencialmente mediante a orientação do próprio Robert Alexy; em segundo lugar, deveria ser determinado o que se entende por “modelo adequado para balizar a delimitação judicial do direito fundamental social à saúde no Brasil”; em terceiro lugar, seria necessário definir o que é “delimitação judicial”; e, em quarto lugar, definir o que deveria ser compreendido como “direito fundamental social à saúde”. Feito isso, seria preciso obrigar todos os juízes do Brasil a aplicar o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy toda vez que se deparassem com uma demanda relativa ao direito fundamental social à saúde, tal como previamente definido. Decorrido algum tempo - cinco anos, por exemplo - os resultados da aplicação do modelo seriam colhidos e avaliados de acordo com o conceito de “modelo adequado” determinado de antemão. Ora, as dificuldades para a consecução dessa experimentação parecem evidentes. Por isso, diz-se que este trabalho orienta-se pela indagação acima mencionada, e não que busca respondê-la.

Na verdade, este trabalho limita-se a especular como um juiz imaginário apreciar uma demanda relacionada ao direito fundamental social à saúde aplicando o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy, para ver se da adoção desse modelo advém uma solução ou uma melhoria no tratamento dado a determinadas questões ínsitas à delimitação judicial do direito à saúde, previamente identificadas no trabalho. O modelo será “adequado”, para os fins deste trabalho, se levar a um avanço no tratamento dessas questões. O objetivo geral do trabalho, portanto, é determinar se o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy leva a uma solução ou a uma melhoria no tratamento das questões que hoje cercam o reconhecimento, por via

judicial, do direito a prestações de saúde não previstas na legislação infraconstitucional.

Para se chegar a esse objetivo geral, o presente trabalho tem em vista determinados objetivos específicos: fazer um apanhado sintético da forma como vem sendo tratado o problema da delimitação judicial do direito à saúde no Brasil, destacando as questões que o cercam e que demandam um equacionamento; apresentar o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy, com destaque para os direitos fundamentais sociais; apresentar as vulnerabilidades que podem ser detectadas nesse modelo teórico; e expor os passos que devem ser seguidos, nos termos desse modelo, na apreciação de um caso concreto envolvendo o direito à saúde, e as dificuldades inerentes à observância desses passos.

Tendo em vista o seu objetivo geral, a presente investigação pode alcançar dois tipos de conclusão. A primeira conclusão seria de que a perspectiva teórica de Robert Alexy leva a uma solução ou a uma melhoria no tratamento dos questionamentos que cercam a delimitação judicial do direito à saúde no Brasil. Essa perspectiva, ao propugnar que o juiz deve aplicar a regra da proporcionalidade diante de cada caso concreto em que se discute o direito à saúde, ofereceria um caminho para o enfrentamento de dificuldades no reconhecimento de direitos prestacionais que não seria oferecido por abordagens de matriz positivista ou neopositivista. O modelo teórico de Robert Alexy representaria um progresso no tema da adjudicação de direitos prestacionais sociais, na medida em que revelaria que nessa adjudicação há uma colisão entre princípios constitucionais descurada por outros referenciais teóricos. Reconhecida a colisão entre princípios, a aplicação da regra da proporcionalidade, notadamente na etapa do sopesamento, impediria o sacrifício injustificado dos princípios colidentes, levando à melhor solução possível do ponto de vista da Constituição. Sendo assim, o modelo de direitos fundamentais defendido por Robert Alexy seria promissor ao delinear um método seguro para o reconhecimento de direitos prestacionais previstos em dispositivos constitucionais expressos em linguagem lacônica.

A segunda conclusão, oposta à primeira, seria de que a perspectiva teórica de Robert Alexy nada agrega para o enfrentamento das dificuldades inerentes à delimitação judicial do direito à saúde. A adoção das ideias do autor pode, ao invés de reduzir tais dificuldades, agravá-las ou trazer novas dificuldades que não estavam previstas originariamente. A aplicação da regra da proporcionalidade, que, à primeira vista, pode representar um bom método para evitar a afetação

injustificada de princípios constitucionais, pode se constituir, na verdade, em uma simples forma de conferir uma aparência de fundamentação a decisões arbitrárias.

Para chegar a uma ou a outra conclusão, a presente investigação exporá os resultados de uma pesquisa bibliográfica baseada em livros, artigos científicos e decisões judiciais, notadamente do Supremo Tribunal Federal. Expostos os resultados da pesquisa, aplicar-se-á o método hipotético-dedutivo, para verificar o funcionamento do modelo teórico de Robert Alexy em um processo decisório de determinação da exigibilidade de uma prestação de saúde em um caso concreto. Ao final, a adequação do modelo para guiar tal processo decisório será confirmada ou refutada, sem a preocupação de, neste último caso, mostrar um modelo “melhor”, “mais correto” ou “menos falho”.

A conclusão sobre a adequação ou inadequação do modelo teórico de Robert Alexy para balizar a apreciação de demandas por prestações de saúde não seria relevante se não se referisse a um tema importante. Não é o que ocorre com o tema da delimitação do direito à saúde, que vem suscitando intensas reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, o que demonstra a sua importância.

A Constituição Federal de 1988, ao prever o direito à saúde como direito fundamental social nos artigos 6º e 196, tornou possível que parte da doutrina defendesse a exigibilidade em juízo de prestações positivas relacionadas a esse direito. Passou-se a apregoar que o Poder Judiciário deveria ter um papel ativo na efetivação e garantia do direito à saúde, independentemente da legislação infraconstitucional. Nessa toada, os juízes passaram a se deparar com requerimentos pleiteando a entrega de medicamentos, a realização de cirurgias e exames e o fornecimento de aparelhos médicos. Ao decidirem sobre tais demandas, os juízes passaram a considerar desnecessária a intermediação legislativa, retirando de dispositivos constitucionais de natureza principiológica direitos subjetivos praticamente ilimitados à prestação estatal.

Essa concepção generosa acerca da abrangência do direito à saúde, mais adotada pela jurisprudência do que pela doutrina, pode ser vista como positiva, pois corrigiria a ineficiência e a falta de compromisso do Poder Público com a efetivação do direito fundamental à saúde. No entanto, é evidente que tal concepção pode trazer consequências nefastas na medida em que se reproduzam decisões judiciais reconhecendo um acesso ilimitado a ações e serviços de saúde não previstos em lei. Dentre tais consequências nefastas, podem-se apontar o crescente comprometimento de receitas estatais em prol do cumprimento de decisões judiciais “generosas”, agravando a falta de

verbas públicas destinadas a necessidades de saúde previamente identificadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, e a superposição de instâncias decisórias, pois o juiz, ao julgar um caso submetido à sua apreciação, pode ordenar a consecução de medidas administrativas contrárias àquelas definidas pelos gestores de saúde sem ter a exata noção dos recursos disponíveis e das carências a serem satisfeitas, provocando um verdadeiro “desarranjo institucional”. Além disso, uma concepção generosa acerca do âmbito de proteção do direito à saúde é criticável por dar ao Poder Judiciário a possibilidade de contrariar providências administrativas e legislativas tomadas por representantes legitimamente eleitos dos demais poderes, o que implicaria uma afronta ao princípio democrático, sem falar na afronta ao princípio da separação dos poderes. A essa potencial afronta ao princípio democrático ajunta-se uma potencial afronta ao princípio da igualdade, pois as pessoas que demandam a satisfação de prestações de saúde por via judicial podem granjear, graças a uma intervenção do Poder Judiciário, um determinado nível de atendimento de saúde que não é extensível a todas as demais pessoas.

Como visto, a questão da delimitação judicial do direito à saúde mostra-se relevante em vista dos efeitos que lhe estão associados. A depender do referencial teórico que se adote para enfrentá-la, as consequências do reconhecimento de direitos prestacionais por via judicial podem ser moduladas - ou sequer consideradas como consequências juridicamente preocupantes, caso em que o juiz se eximiria da responsabilidade pelas suas decisões. É justamente nesse aspecto que o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy é sedutor: a aplicação da regra da proporcionalidade, que lhe é ínsita, sinaliza com uma abordagem flexível da amplitude prestacional do direito fundamental social à saúde, de forma a modular a adjudicação de tal direito de acordo com a justificabilidade do impacto produzido nos princípios e interesses colidentes. Esse modelo, ao não oferecer soluções gerais para o problema do reconhecimento de direitos fundamentais sociais, e ao exigir que se proceda a um exame de proporcionalidade em cada caso concreto, parece mais capaz de captar particularidades não tratadas pelos modelos teóricos de matriz positivista.

A presente investigação trabalha, inicialmente, com a ideia geral de que o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy parece capaz de esquadriñar a questão da delimitação judicial do direito à saúde de uma forma mais bem concatenada que outras perspectivas teóricas - notadamente aquelas posições “extremadas”, que veem no direito à saúde previsto na Constituição um direito a todo e

qualquer tratamento médico ou que veem no direito à saúde previsto na Constituição uma norma totalmente dependente de concretização legislativa.

Guiado por essa ideia geral, este trabalho se divide em três seções. Na primeira seção, tratar-se-á da questão da delimitação judicial do direito à saúde no Brasil. A seção será iniciada com a abordagem da amplitude prestacional do direito à saúde, elencando-se quatro posições que podem ser defendidas a respeito do assunto: o direito à saúde tem amplitude prestacional em grau zero; o direito à saúde tem amplitude prestacional em grau máximo; o direito à saúde tem amplitude prestacional em grau mínimo; e o direito à saúde tem amplitude prestacional em grau variável.

Listadas posições possíveis sobre a amplitude prestacional do direito à saúde, passar-se-á à análise de decisões do Supremo Tribunal Federal que apreciaram demandas em que se exigiam prestações positivas de saúde por parte do Estado: em primeiro lugar, será examinada a chamada “decisão generosa”; em segundo lugar, a chamada “decisão restritiva”; e, em terceiro lugar, a “decisão que busca o meio-termo”. Para fechar a primeira seção, tratar-se-á dos riscos inerentes à delimitação judicial do direito à saúde, discorrendo-se sobre as aqui chamadas questão da “intromissão” e questão da “injustiça”.

Na segunda seção, será exposto o referencial teórico que guiará o exercício a ser realizado ao final do trabalho, que é o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy. Inicialmente, será esclarecida a importância do tema da argumentação jurídica em Robert Alexy, e o que significa a chamada “tese do caso especial”. Na sequência, e com o objetivo de dar uma visão panorâmica da “Teoria da argumentação jurídica” defendida pelo autor, serão enumeradas as regras e formas do discurso prático geral e as regras e formas do discurso jurídico por ele elaboradas. Essa enumeração, embora não seja essencial para o conjunto do trabalho, é útil para mostrar as exigências discursivas pressupostas para a boa aplicação do método ponderativo preconizado por Robert Alexy na “Teoria dos direitos fundamentais”.

Enumeradas as regras do discurso elaboradas por Robert Alexy, tratar-se-á da questão da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, que se relacionada com a “tese do caso especial”. Feito isso, serão examinados aspectos destacados da “Teoria dos direitos fundamentais” defendida pelo autor, tratando-se da distinção entre regras e princípios, das restrições aos direitos fundamentais e da determinação do suporte fático de tais direitos; serão abordados com mais atenção pontos atinentes ao caráter principiológico dos direitos

fundamentais, tais como a aplicação da regra da proporcionalidade, a aplicação da lei de colisão, a aplicação da lei do sopesamento e o emprego da fórmula do peso para demonstrar as premissas utilizadas no raciocínio ponderativo. No final da segunda seção, serão traçadas as condições definidas pelo modelo teórico de Robert Alexy para o reconhecimento de um direito fundamental social definitivo, expondo a equação ponderativa delineada pelo autor para que haja esse reconhecimento. Ao lado disso, alertar-se-á para a existência de situações em que se configura uma discricionariedade em favor dos agentes políticos democraticamente eleitos para efetivar ou não o direito social reclamado, que são aquelas situações em que, da aplicação da equação ponderativa, não advém um resultado claramente favorável ou desfavorável ao reconhecimento de um direito fundamental social definitivo.

A terceira seção destina-se à aplicação do modelo teórico de Robert Alexy em um exercício em que se simula uma determinação judicial do conteúdo do direito à saúde, tendo em vista as questões da “intromissão” e da “injustiça”, identificadas na primeira seção. Em primeiro lugar, tratar-se-ão de aspectos que podem caracterizar deficiências ou vulnerabilidades do modelo, que são previamente toleradas para viabilizar o exercício: a primeira vulnerabilidade concerne à consideração da liberdade fática como princípio protetivo de uma posição de direito fundamental social; a segunda concerne à eventual incomparabilidade das grandezas envolvidas na operação de sopesamento; a terceira, à eventual impossibilidade de sopesamento entre princípios materiais e princípios formais; a quarta, à inexistência de parâmetros que disciplinem a emissão de juízos sobre graus de afetação e sobre importância de princípios; e a quinta, à eventual impossibilidade de identificar os bens e direitos objeto do sopesamento.

Indicadas as características do modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy que podem ser vistas como vulnerabilidades, passar-se-á à experimentação propriamente dita, que será dividida em três etapas: na primeira, realizar-se-á um experimento “falho”, com a finalidade de demonstrar imperfeições na aplicação do modelo que devem ser superadas; na segunda etapa, serão introduzidos elementos teóricos corretores das imperfeições detectadas no “experimento falho”, levando em conta principalmente as questões da “intromissão” e da “injustiça”; por último, na terceira etapa, proceder-se-á ao “experimento corrigido”, no qual se buscará a correção das imperfeições apresentadas pelo “experimento falho”, principalmente quanto à “intromissão” e quanto à “injustiça”.

Para terminar a terceira seção e o trabalho, será feita a leitura dos resultados parciais obtidos no decorrer do “experimento corrigido”, analisando-se o modo como foram tratadas as questões da “intromissão” e da “injustiça” sob o prisma da fundamentação dos argumentos utilizados, tecendo-se também considerações sobre os indícios revelados pelo “experimento corrigido” acerca da adequação do modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy para a delimitação judicial do direito à saúde.

A partir de um problema - a delimitação judicial do direito à saúde - e de um referencial teórico - o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy - o presente trabalho faz um teste - um exercício no qual se simula a delimitação judicial do direito à saúde a partir do modelo adotado. Busca, para usar uma expressão corrente, “ver se a teoria funciona na prática”.

1 UM PROBLEMA: A DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Nesta primeira seção, será exposto o problema fático cuja resolução se busca: o problema da delimitação judicial do direito à saúde no Brasil. Esse problema fático será retomado na terceira seção, quando se verificará se a teoria exposta na segunda seção é ou não satisfatória para solucioná-lo. Assim, tratar-se-á, neste momento, do móvel que constitui o ponto de partida da pesquisa, e *não do problema da pesquisa propriamente dito*, que será desenvolvido na seção final.

A apresentação do problema da delimitação judicial do direito à saúde no Brasil requer, primeiramente, a identificação das condições que propiciaram o surgimento do fenômeno. Este trabalho se limitará a tratar da base legal do fenômeno: a existência de dispositivos constantes em textos legais que fazem menção ao direito à saúde. Para os fins desta pesquisa, o foco são os *dispositivos constitucionais* que consagram o direito à saúde como um *direito originário*, que independe de concretização por parte do legislador. É importante lembrar que a simples existência de dispositivos constitucionais prevendo o direito à saúde não seria suficiente para levar à delimitação e efetivação judicial desse direito. Para que esse fenômeno opere, é necessário algo mais, ou seja: o entendimento de que tais dispositivos garantem o direito à saúde e possibilitam a reivindicação de sua satisfação perante o Poder Judiciário. Portanto, a exposição do problema da delimitação judicial do direito à saúde requer, além da identificação da base legal desse direito, algumas considerações a respeito das concepções existentes acerca da amplitude das prestações por ele garantidas e que são exigíveis em juízo.

Tratada a questão das circunstâncias originantes da delimitação judicial do direito à saúde, passar-se-á ao desenho do quadro atual em que se encontra esse problema. Atendendo aos limites deste trabalho, isso será feito pela delimitação do significado a ser emprestado à expressão “delimitação judicial do direito à saúde”. Na sequência, e em consonância com o sentido conferido à expressão “delimitação judicial do direito à saúde”, serão analisadas três decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, como representativas dos entendimentos hoje vigentes sobre o assunto. A opção pela seleção de decisões do Supremo Tribunal Federal justifica-se pelo fato de que, como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, ele baliza a atuação dos tribunais e juízes hierarquicamente inferiores.

Por último, tratar-se-á de riscos trazidos pela delimitação judicial do direito à saúde: a “intromissão” e a “injustiça”. A “intromissão” refere-se ao sacrifício que a delimitação do direito à saúde na via judicial impõe ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, na medida em que o Poder Judiciário toma decisões que, originariamente, seriam de competência de outros poderes. A “injustiça”, por sua vez, refere-se à possibilidade de que a outorga judicial de prestações na área da saúde propicie distorções alocativas.

1.1 AMPLITUDE PRESTACIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 prevê uma extensa lista de direitos sociais em seu artigo 6º. O dispositivo afirma que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988)

Como se pode notar, a saúde é listada dentre os direitos sociais mencionados no artigo 6º da Constituição, estando configurado, portanto, um *direito social à saúde*. Porém, mais do que um direito social, o direito à saúde deve ser qualificado como um *direito fundamental social*, já que o artigo 6º, que o estabelece, está posicionado topograficamente no Título II da Carta Magna, nomeado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, também chamado pela doutrina de “catálogo dos direitos fundamentais”.¹

Não é só o artigo 6º da Constituição que trata do direito fundamental social à saúde. A Carta Magna também dispõe sobre o assunto na Seção II (Da saúde) do Título VIII da Constituição (Da ordem social). Nessa Seção, que vai do artigo 196 ao artigo 200, disciplina-se a estruturação dos serviços públicos de saúde, traçam-se parâmetros para a atuação privada no setor e enumeram-se algumas atribuições do sistema único de saúde. O artigo 196 chega a definir a saúde no seguintes termos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e

¹ Dá esse epíteto ao Título II da Constituição, dentre outros, Ingo Wolfgang Sarlet. (SARLET, 2011, p. 67)

igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

O artigo 196 da Constituição auxilia na determinação do sentido da categoria genérica “saúde” estampada no artigo 6º. Por isso, aquele dispositivo constitucional partilha da jusfundamentalidade reconhecida a este, sendo um enunciado de direito fundamental “fora do catálogo”, por não estar localizado topograficamente no Título II da Constituição (SARLET, 2011, p. 116). Sobre a ligação entre o artigo 6º e o artigo 196 da Constituição, são oportunas as seguintes considerações:

Uma interpretação sistemática do texto constitucional poderia lançar luzes sobre a questão. De fato, ao enumerar como direitos sociais o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados, o artigo 6º determinou que a proteção destes direitos se daria “na forma desta constituição”. Significa que – em que pese a falta de sistematização – o constituinte remeteu o intérprete precisamente ao título VIII, que trata da ordem social, onde seus diversos dispositivos explicitam a forma como se dará a efetivação dos direitos sociais previstos no art. 6º. Precisamente neste título encontra-se sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, como o direito à educação fundamental (art. 208, I, §1º, CF) e à saúde (art. 196, CF), autênticos direitos fundamentais sociais. (OLSEN, 2008, p 34)

Seguindo os passos de Ingo Sarlet, pode-se dizer que, como direito fundamental, o direito à saúde está imbuído de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade material. A fundamentalidade formal implica três atributos: a) como parte integrante da Constituição, o direito à saúde situa-se no ápice do ordenamento jurídico, detendo natureza supralegal; b) na qualidade de norma constitucional, o direito à saúde encontra-se submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60 da Constituição);² e c) o direito à saúde é

² A inserção do direito à saúde dentre as cláusulas pétreas é controvertido, pois o art. 60, § 4º, da Constituição, que as elenca, fala em “direitos e garantias individuais”, expressão que não abarcaria os direitos sociais se se adota uma interpretação restritiva. Contudo, parte da doutrina defende a ideia de que todos

norma diretamente aplicável, vinculando de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da Constituição). A fundamentalidade material, por sua vez, significa que o direito à saúde caracteriza-se como “elemento constitutivo da Constituição material”, revelando uma decisão fundamental sobre o Estado e a sociedade tomada pelo constituinte brasileiro, de forma que outros direitos, não constantes do catálogo de direitos fundamentais, podem ser-lhe equiparados, tendo em vista seu conteúdo e significado, por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição, que possibilita a abertura da Carta Magna a outros direitos fundamentais não presentes em seu texto.³ (SARLET, 2011, p. 74-78)

Os atributos da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material que gravam o direito à saúde podem ser resumidos da seguinte maneira: o direito à saúde está a salvo da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, por estar consagrado em norma constitucional (1), é de aplicação imediata (2) e, por expressar uma decisão fundamental do constituinte, contamina com a jusfundamentalidade outros direitos que tenham conteúdo e significado que lhe sejam similares (3).

Abordado o ponto relativo à fundamentalidade do direito à saúde, cabe tratar do ponto atinente ao conteúdo do direito à saúde. Esse conteúdo pode ser dividido em duas dimensões: uma negativa e outra positiva. No campo da dimensão negativa, “[...] o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la”. Na dimensão positiva, o direito à saúde implica o dever, em especial do Estado, “[...] de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação da saúde da população [...]” de maneira que o indivíduo ou a coletividade tornam-se “[...] credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material” (FIGUEIREDO, 2007, p. 88). A titularidade desse direito subjetivo prestacional à saúde é de “[...] de toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou não [...]”, e tem como destinatário precípua do dever que lhe é correlato o Estado, pois,

os direitos fundamentais constituiriam cláusulas pétreas. Nesse sentido advogam Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 422-427) e Paulo Bonavides (2000, p. 588-599).

³ Diz o artigo 5º, § 2º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988, p. 32).

conforme o artigo 196 da Constituição, “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (SARLET, 2002, p. 5 e 7).⁴

A dimensão positiva expressa o que se entende usualmente por direitos sociais: direitos a prestações em face do Estado. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins tratam os direitos sociais como sinônimos de direitos a prestações, que englobariam “[...] os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida” (2012, p. 51). Na mesma senda, José Afonso da Silva, que conceitua os direitos sociais como “[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos [...]” (2005, p. 286).

Uma vez colocada a existência do direito fundamental social à saúde como direito prestacional, surge a questão concernente à possibilidade de exigir a sua satisfação e à amplitude dessa satisfação. Para falar sobre isso, deve lembrar-se a distinção entre *direitos derivados a prestações* e *direitos originários a prestações*.

Os direitos derivados a prestações devem ser entendidos como “[...] direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais [estatais] concretizadas por lei [...]”, implicando o igual acesso, obtenção e utilização dos serviços criados pelos entes públicos (CANOTILHO, 2000, p. 468-469). Como direitos referentes a posições jurídicas já delimitadas pelo legislador em lei no exercício de sua competência concretizadora, sobre eles “[...] não se registra controvérsia digna de nota”, devendo ser considerados mais propriamente como manifestação da dimensão prestacional do princípio da igualdade, na medida em que configuram direitos subjetivos de igual acesso a prestações estatais (SARLET, 2011, p. 299-305). No caso do direito à saúde, os direitos derivados a prestações asseguram o acesso aos postos de saúde, aos hospitais, bem como a obtenção de remédios e tratamentos já padronizados pelo Sistema Único de Saúde.

⁴ O Estado é o principal destinatário do dever de satisfazer o direito fundamental social à saúde, mas não o único, uma vez que “[...] o direito à saúde se dirige também aos particulares, de modo que o dever de efetivá-lo não compete exclusivamente ao Estado”, muito embora “[...] pareça improvável a possibilidade de reconhecimento de posições jurídico-subjetivas, que outorguem ao titular do direito fundamental à saúde a pretensão de exigir de outro particular o fornecimento de prestações materiais, ante a ausência de legislação conformadora”. (FIGUEIREDO, 2007, p. 93-94)

Por sua vez, os direitos originários a prestações são identificados como direitos garantidos constitucionalmente cujas prestações constitutivas podem ser exigidas pelo cidadão em face do Estado “[...] a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa” (SARLET, 2011, p. 299). Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, os direitos originários a prestações presentes na Constituição “[...] podem, desde logo, ser reclamados judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora”, pois “[...] implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem”. (2003, p. 156) Assim, os dispositivos constitucionais que preveem o direito à saúde (artigo 6º e artigo 196 da Constituição) seriam, por si sós, suficientes para embasar a reclamação de determinada prestação em face dos poderes públicos, como o fornecimento de um remédio ou a internação em um leito de UTI.

Caso se admita que o direito fundamental social à saúde é um direito originário a prestações, surge a questão concernente à amplitude das prestações exigíveis com base nos dispositivos constitucionais. O que pode ser exigido? Toda e qualquer prestação ou apenas algumas prestações? E o que é exigido, pode sê-lo em que nível? O poder público está obrigado a dispensar um atendimento à saúde ótimo, razoável ou apenas “não sofrível”? Esses questionamentos são sintetizados por Ingo Sarlet:

Além disso, assume relevo (também aqui) o questionamento a respeito do limite da prestação reclamada do particular perante o Estado. Em outras palavras, cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados. Em suma, pergunta-se se o particular (qualquer um ou apenas os que comprovem carência de recursos para manutenção de um plano de saúde privado?) poderá ter acesso, por exemplo, além dos serviços essenciais na esfera médica, a atendimento odontológico, psicológico, serviços de fisioterapia, etc. Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamento de última geração, quarto privativo em hospitais, etc.)? (2011, p. 324)

Os questionamentos acima formulados podem ser respondidos de diversas maneiras, e dizem respeito à amplitude das prestações garantidas pelo direito fundamental social à saúde *enquanto direito originário a prestações*. Neste trabalho, faz-se referência a quatro respostas possíveis: o direito constitucional à saúde, enquanto direito originário a prestações, não garante *nenhuma* prestação na área de saúde (1), garante *todas* as prestações na área de saúde (2), garante *algumas* prestações na área de saúde (3) e garante prestações *determináveis* na área de saúde (4).⁵

1.1.1 Amplitude prestacional em grau zero

Os dispositivos constitucionais que tratam do direito fundamental social à saúde (artigos 6º e 196 e seguintes) não enumeram as prestações que lhe são inerentes. Por mais que se reconheça a existência de um direito subjetivo a exigir prestações relativas à saúde em face do Estado, e por mais que se admita que esse direito subjetivo deflui de forma direta da Constituição, sem necessidade de intermediação legislativa, é certo que não se pode aferir *o que* é assegurado por esse direito e mensurar *em que extensão* ele é assegurado. Dadas essas incertezas, pode-se defender que o direito fundamental social à saúde, enquanto direito originário a prestações, *não garante nada*.

Dizer que o direito fundamental social à saúde não garante nenhum direito a prestações deduzido diretamente do texto constitucional equivale a dizer que o direito fundamental social à saúde não se configura como um direito originário a prestações, de forma que os dispositivos constitucionais que tratam do assunto não gerariam, por si sós, direitos subjetivos a exigir o fornecimento de remédios, a realização de cirurgias ou a consecução de tratamentos médicos. Ou seja: o direito à saúde emanado imediatamente da Constituição *não teria propriedade prestacional*; ou, imprimindo a essa oração a polaridade afirmativa: *teria amplitude prestacional em grau zero*.

O entendimento de que não haveria um direito originário a prestações de saúde pode ser fundamentado numa interpretação que conecta o artigo 6º ao artigo 196 da Constituição. O artigo 6º da

⁵ Os posicionamentos a que se faz referência não tratam da questão concernente à eficácia das normas constitucionais sobre o direito à saúde, embora com ela guardem relação. Expressam, tão somente, concepções possíveis sobre a forma de demarcar as obrigações exigíveis do Estado com base no direito fundamental social à saúde.

Constituição, ao relacionar os direitos sociais, dispõe que eles se qualificam como tais “[...] na forma desta Constituição”, ou seja, submete-os à disciplina dos demais dispositivos da Carta Magna (BRASIL, 1988). No caso do direito à saúde, um dos dispositivos constitucionais que lhe dá os contornos é o artigo 196, segundo o qual “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...]” (BRASIL, 1988). Assim, a garantia do direito à saúde, e a definição das prestações que lhe são ínsitas, dependeria da formulação de políticas públicas, formulação esta que requer a atuação do legislador ordinário.

O entendimento de que inexistente um direito a prestações sociais garantido diretamente pela Constituição é defendido por Fábio Konder Comparato, para quem “[...] o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública”, pois “[...] o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos para a realização destes direitos”, de forma que se afiguraria impossível compelir o Estado “[...] a providenciar imediatamente, a todos que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza” (COMPARATO, 2003, p. 249). Adotando essa posição, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que o cidadão não pode exigir o fornecimento de medicamentos não previstos nas políticas de saúde já implementadas, pois “Estabelecida a política, o destinatário tem ação para exigir o cumprimento do que foi estabelecido em lei, de modo uniforme e impessoal”. (SÃO PAULO, 2009)

Ainda em defesa da tese de inexistência de um direito originário a prestações na área da saúde pode-se lembrar a opinião de José Afonso da Silva, para quem os artigos 6º e 196 da Constituição constituiriam normas programáticas, que devem ser vistas como um programa a ser realizado pelo Estado, necessitando de uma legislação infraconstitucional ativadora de sua eficácia, de forma que não seriam operantes em relação aos interesses a elas associados (SILVA, 1998, p. 138). O autor considera que as normas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre detêm aplicabilidade imediata, “[...] porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação” (SILVA, 2007, p. 408). Em suma: sem uma lei infraconstitucional que lhes desenvolva a normatividade, as normas programáticas conteriam direitos meramente potenciais, que não seriam exigíveis.

A ideia de que as disposições constitucionais sobre o direito à saúde constituiriam normas programáticas, das quais não se extrairia um direito subjetivo a prestações, já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se trecho da ementa do acórdão prolatado no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6.564/RS:

Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, “ou não dispõem de eficácia plena”, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. (BRASIL, 1996)

Por fim, pode-se lembrar, em abono à tese de que o direito fundamental social à saúde não garante prestações independentemente de intermediação legislativa, a lição clássica de Thomas Cooley, constitucionalista estadunidense do século XIX, que inspirou Rui Barbosa (PINTO FERREIRA, 1975, v. 1, p. 499). Para Cooley, uma disposição constitucional é autoexecutável quando prevê uma regra que possibilita a fruição e a proteção do direito outorgado ou a execução do dever imposto, e é não-autoexecutável quando limita-se à indicação de princípios sem ministrar regras que deem a tais princípios força de lei. Assim, “[...] uma Constituição pode exigir claramente a instituição de governos municipais e de condados; mas se ela falha em indicar sua extensão, e em dotá-los de mecanismos adequados, ela não é nesse particular autoexecutável, e a legislação é essencial”; prossegue Cooley afirmando que “Os direitos em tal caso permanecerão dormentes até que a legislação lhes acuda [...]”.⁶ (COOLEY, 1903, p. 121, tradução nossa)

Com base na lição de Cooley, pode-se argumentar que as disposições constitucionais sobre o direito à saúde não são

⁶ [...] a constitution may very clearly require county and town government; but if it fails to indicate its range, and to provide proper machinery, it is not self-executing, and legislation is essential. Rights in such a case may lie dormant until statutes shall provide for them. (COOLEY, 1903, p. 121)

autoexecutáveis, pois a Constituição falha ao deixar de indicar a extensão das prestações inerentes a esse direito e ao deixar de dotá-lo de mecanismos adequados à sua exigibilidade. Essas normas seriam, nessa linha de raciocínio, ineficazes no sentido técnico-semântico, haja vista que não seria possível, por dificuldades de ordem material, configurar em linguagem competente os efeitos para elas estipulados (CARVALHO, 2009, p. 84). Ou seja: a partir da Constituição seria impossível definir os exames, os remédios, as cirurgias e outros procedimentos médicos exigíveis, devido ao laconismo de seu texto ao prever o direito à saúde.

Tem-se, assim, que duas teses diferentes levam ao mesmo destino. Tanto a defesa de uma interpretação conjugada dos artigos 6º e 196 da Constituição, entendendo-se que o direito à saúde é garantido somente por políticas públicas, quanto a defesa da inoperância desses dispositivos, entendendo-se que eles contêm apenas programas a serem concretizados pelo legislador, conduzem à mesma conclusão: a de que o direito fundamental social à saúde não garante nenhuma prestação, possuindo uma amplitude prestacional em grau zero - inexistente, portanto.

1.1.2 Amplitude prestacional em grau máximo

O laconismo com que o direito à saúde está positivado na Constituição torna extremamente incerta a determinação das prestações por ele garantidas. Pode entender-se que, dada a superficialidade da linguagem empregada pelo constituinte ao consagrar o direito à saúde, inexistem condutas exigíveis que lhe sejam associadas; porém, pode entender-se justamente o oposto: que a concisão dos dispositivos constitucionais indica que deles são dedutíveis *todas as prestações possíveis*, em consonância com o princípio da máxima efetividade da Constituição, segundo o qual “[...] no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2000, p. 1.187)

A ideia de que os artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição asseguram um direito subjetivo a todas as prestações possíveis na área da saúde encontra supedâneo na ideia de que a vida e a saúde são os bens primordiais e que, na defesa desses bens, é justificável o sacrifício de todos os demais bens. Essa ideia, bem expressada pelo dito popular “saúde não tem preço”, é chamada por Dworkin de “princípio do resgate”, segundo o qual deve haver o dispêndio ilimitado de recursos em cuidados médicos “[...] até que não seja mais possível pagar

nenhuma melhora na saúde ou na expectativa de vida” (2005, p. 434-435).

A prioridade total ao direito à saúde dada pelo princípio do resgate teria como motivo a sua ligação com o direito à vida, tido como “[...] o direito humano mais sagrado” e como “[...] verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente” (TAVARES, 2008, p. 527). Tendo em vista a relação entre a vida e a saúde, de nada valeria proteger outros bens valiosos se, por falta de saúde, não houvesse a possibilidade de usufruí-los, de forma que a vida e a saúde seriam os pressupostos de todos os bens merecedores de tutela jurídica. Como consequência disso, os direitos que garantem a vida e a saúde se situariam no ápice do ordenamento jurídico, prevalecendo sobre os direitos conflitantes.

Com inspiração no princípio do resgate, pode fazer-se uma leitura da Constituição que fundamente a existência de um direito ilimitado a prestações na área da saúde. Podem-se invocar, como ponto de partida dessa leitura, o artigo 196 da Constituição, que prevê o acesso universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, e o art. 198, II, do mesmo diploma, que consagra o atendimento integral como diretriz das ações e serviços públicos de saúde. (BRASIL, 1988)

Como exemplo de posicionamento que identifica na Constituição um direito originário a prestações ilimitadas na área de saúde, pode-se citar o de José Carlos Francisco, para quem “Todos os preceitos constitucionais nascem com o compromisso de ampla efetividade [...]”, motivo pelo qual “[...] o intérprete das normas constitucionais deve buscar a máxima efetividade e eficiência dos seus comandos expressos e implícitos”. Coerente com esse pensamento, o autor defende que o artigo 196 da Constituição, ao falar em acesso universal às ações e serviços de saúde, indica que “[...] todos os tratamentos e meios de proteção à saúde” podem ser reclamados pelos cidadãos. Na mesma direção, o art. 198, II, ao estabelecer a diretriz do atendimento integral, faria incluir no direito à saúde “[...] tanto os tratamento básicos e vitais, como também aqueles que envolvam os meios científicos mais eficazes e evoluídos para a defesa da saúde”. José Carlos Francisco acrescenta ainda que as normas constitucionais sobre o direito à saúde “[...] são protegidas pela máxima efetividade, de maneira que devem ser compreendidas no sentido mais amplo para dar a maior cobertura possível” (2008, p. 864).

Partilhando do entendimento de que a Constituição garante um direito originário e ilimitado a prestações na área de saúde, Camila Daros Cardoso afirma que a diretriz do atendimento integral revela que

o legislador “[...] buscou abranger todas as necessidades dos cidadãos no que diz respeito ao seu bem-estar”. De forma enfática, considera que o constituinte “Não limitou tratamento, nem a atividade estatal, consagrou a garantia da forma mais ampla possível, sem exclusões de doenças ou patologias”. Pelo princípio do atendimento integral, inserto no artigo 198, II, da Constituição, os serviços de saúde devem “[...] abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde”, pois “Todos têm direito à saúde, que deve ser prestada de maneira completa”. (CARDOSO, 2010, p. 4-7)

As posições acima referidas encontram ressonância em decisões judiciais, prolatadas por julgadores que adotam o princípio do resgate, compreendendo que “a saúde não tem preço”. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, ao julgar a Apelação Cível nº 0003873-66.2011.8.26.0246, destacou que “Os Tribunais Superiores vêm dando conforto ao entendimento de que todos têm direito à saúde e que esta prepondera acima de qualquer outro interesse” (SÃO PAULO, 2013). Na mesma direção, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Cível nº 70056005614, consignou que “A saúde de uma pessoa já abriga absoluto interesse público do Estado na manutenção da vida”, de forma que “[...] diante da necessidade de se resguardar o direito ao acesso à saúde - condição intimamente ligada ao bem maior, que é a vida -, não de se mitigadas alegações principiológicas outras [...]”. (RIO GRANDE DO SUL, 2013)

Como se pode perceber, há posições segundo as quais os artigos 196 e 198, II, da Constituição consagram o direito à saúde como um direito com amplitude prestacional em grau máximo: todas as prestações necessárias à promoção da saúde seriam exigíveis. Com base no princípio do resgate, reconhece-se a superioridade incondicional da vida e da saúde sobre todos os outros interesses.

1.1.3 Amplitude prestacional em grau mínimo

Dizer que da Constituição dessume-se um direito a prestações ilimitadas na área da saúde pode ser uma afirmação extremada. De igual modo, também pode ser uma afirmação extremada dizer o exatamente oposto, ou seja, que da Constituição não se extrai nenhum direito a prestações na área da saúde. Ora, entre o “tudo” e o “nada”, há o algo: é possível dizer que o direito à saúde, pela força exclusiva das normas constitucionais, garante *algumas* prestações na área da saúde.

Alguns autores partilham do entendimento de que as normas constitucionais sobre saúde contêm um direito prestacional originário,

que se limitaria à esfera do chamado “mínimo existencial” ou “mínimo vital”. Para Rogério José Bento Soares do Nascimento, por exemplo, “[...] na esfera do mínimo, que em saúde está ligado aos direitos de prevenção e de recuperação [...] não há dependência de interposição legislativa para exercício do direito [...]”. O mesmo não ocorreria com as reivindicações que não se situam no núcleo formado pelo mínimo existencial, que dependeriam da edição de políticas adequadas para seu atendimento, pois “[...] Fora da margem, da reserva substancial de justiça marcada pelo mínimo existencial, o poder de agir dos mandatários do povo, ocupando cargos no Executivo e no Legislativo [...] é amplo”. (NASCIMENTO, 2008, p. 922)

Outro autor que defende um direito originário a prestações de saúde limitado à garantia do mínimo existencial é Maurício de Caldas Lopes, para quem o direito à saúde tem “[...] um conteúdo mínimo destinado à preservação da vida - e vida digna -, concretizável a partir da própria Constituição, independentemente de qualquer intermediação legislativa [...]”, mesmo porque as leis infraconstitucionais não seriam idôneas à concretização desse direito, sendo “[...] incapazes de encarcerar em seu âmbito toda a contínua e rica dinâmica do evoluir da vida factual e os progressos curativos da medicina”. (2010, p. 248)

Ricardo Lobo Torres é, seguramente, um dos doutrinadores que mais se debruçou sobre a questão do mínimo existencial. Em sua obra “O direito ao mínimo existencial”, afirma que “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas” (2009, p. 35). O direito ao mínimo existencial não teria dicção constitucional própria, sendo retirado do artigo 3º, III, da Constituição, que estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, dos artigos 5º, XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, e 153, § 4º, que consagram as imunidades tributárias, e também do artigo 6º, que define os direitos sociais. Apesar de não estar posto de forma expressa no texto constitucional, o mínimo existencial não necessitaria, para a sua concretização, do exercício da competência legislativa, pois teria na própria Constituição a sua fonte de legitimidade. (TORRES, 2009, p. 8 e 27)

A ideia de mínimo existencial, nos termos da tese desenvolvida por Ricardo Lobo Torres, implica uma distinção entre direitos sociais e direitos fundamentais sociais. Segundo ele, “A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido [...] a *redução de sua jusfundamentalidade*

ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições de sobreviver com dignidade; [...]”. Por sua vez, os direitos que ultrapassam o mínimo existencial, de acordo com o mesmo autor, “[...] devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”, tendo a natureza de “[...] normas programáticas ou de *policy*, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especialmente na via do recurso público [...]”, lembrando-se que “[...] o só critério topográfico não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, salvo no núcleo correspondente ao mínimo existencial”. (TORRES, 2009, p. 53 e p. 273-274)

No que concerne ao direito à saúde, Ricardo Lobo Torres defende que as prestações de saúde incluídas no mínimo existencial consistiriam basicamente nas atividades preventivas, que geram o direito ao atendimento integral e gratuito, como as campanhas de vacinação, a erradicação das doenças endêmicas e o combate às epidemias; as ações de medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos, por seu turno, deveriam ser remunerados pelo pagamento de contribuições à seguridade social, “[...] exceto quando se tratasse de indigentes e pobres, que teriam o direito ao mínimo de saúde sem qualquer contraprestação financeira” (2009, p. 245). Como para o autor as prestações atinentes ao mínimo existencial independem da atuação do legislador ordinário, pode-se inferir que o conjunto das prestações de saúde garantidas imediatamente pela Constituição seria composto por ações de prevenção direcionadas a todos os cidadãos e por ações curativas direcionadas tão-somente aos carentes - assim, haveria um direito originário a prestações parcial, para todos, e um direito originário a prestações total, para alguns.

A noção de mínimo existencial não auxilia de forma precisa na determinação das prestações exigíveis na área de saúde. O reconhecimento de um dever estatal de garantir condições materiais mínimas de sobrevivência a pessoas carentes, pressuposto pela ideia de mínimo existencial, não indica o rol de ações que dariam consecução a esse dever. Por isso, pode-se falar na “[...] impossibilidade de fixação prévia e abstrata das prestações que configurariam o mínimo existencial [...]” (FIGUEIREDO, 2007, p. 205), ou ainda na inexistência de consenso sobre as prestações que o comporiam (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 576). Dada a alta carga de imprecisão dessa noção, ela não estaria apta a ser utilizada como parâmetro para delimitação do conteúdo prestacional do direito à saúde.

Apesar da imprecisão da noção de mínimo existencial, Ana Paula de Barcellos valeu-se dela como base para mensurar o conjunto de prestações de saúde exigíveis com base na Constituição. A autora destaca que, em relação ao mínimo existencial compete ao Judiciário “[...] determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido”. Na sequência, ela defende que o critério para delimitar o conjunto das ações e serviços de saúde componentes do mínimo existencial deve basear-se no que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou provavelmente não de necessitar. Esse critério tem por objetivo assegurar que todos tenham direito a um “[...] conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana [...]”. (BARCELLOS, 2011, p. 328-329)

Em decorrência da aplicação do parâmetro escolhido, o direito à saúde, enquanto direito originário a prestações, abrangeria “[...] o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal” (o que todos os indivíduos necessitaram), “[...] o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica, etc.” (o que todos os indivíduos necessitam), e “[...] o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes etc. No que toca ao atendimento preventivo, uma baliza para determinar as prestações componentes do mínimo existencial seria a Lei nº 9.656/1998, que traçou regras sobre os planos e seguros privados de saúde. Ao tratar do plano de saúde ambulatorial, que é o mais simples de todos, o art. 12, I, da lei prevê como obrigatórios o oferecimento de “[...] consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas [...]”, bem como o oferecimento de “[...] serviços de apoio diagnóstico, tratamento e demais procedimentos ambulatoriais [...]” e também a cobertura de “[...] tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral [...]” (BRASIL, 1998). Para Ana Paula de Barcellos, estas últimas prestações, sem exclusão de outras, “[...] são certamente espécies do gênero medicina preventiva, de modo que deverão ser oferecidas pelo Estado obrigatoriamente”. (2011, p. 331)

A posição acima defendida, como lembrado pela autora, encontra amparo em disposições constitucionais, notadamente nos artigos 23, IX, 198, II, e 200, IV, que estabelecem a necessidade de prestação de serviço de saneamento básico, no artigo 227, § 1º, I, que confere prioridade ao atendimento materno-infantil, no artigo 198, II, que coloca em primeiro plano as ações de medicina preventiva, e no artigo 200, II,

que dá destaque às ações de prevenção epidemiológica. (BARCELLOS, 2011, p. 329)

Assim, o entendimento em favor da existência de um direito à saúde com amplitude prestacional em grau mínimo também encontra fundamento no texto constitucional, pois, nos artigos supramencionados, a Constituição faria menção às ações e serviços de saúde que, por serem integrantes do mínimo existencial, seriam garantidos independentemente de intermediação legislativa.

1.1.4 Amplitude prestacional em grau variável

Podem ser consideradas radicais as posições segundo as quais do direito fundamental à saúde previsto na Constituição ou não se extrai nenhum direito prestacional ou se extrai um direito prestacional ilimitado. Por sua vez, uma posição intermediária, que afirma que o direito à saúde garante um certo nível predeterminado de prestações, pode não ser tachada de radical, mas pode ser considerada problemática.

O reconhecimento de um direito fundamental social à saúde com amplitude prestacional em grau mínimo traz riscos indesejáveis. Ana Paula de Barcellos, ao listar as ações e serviços de saúde incluídos no mínimo existencial, deixa de fora determinadas prestações essenciais em determinadas situações clínicas. Assim, um transplante ou um medicamento importado, por não comporem o mínimo existencial, não seriam exigíveis judicialmente caso a sua disponibilização não estivesse prevista em normas infraconstitucionais., por mais que fossem necessários para salvar a vida de um paciente.

Os inconvenientes da tese de que o direito prestacional à saúde tem amplitude prestacional em grau mínimo - limitada ao mínimo existencial - podem ser evitados caso se adote uma posição pautada por consequências. Note-se que as posições até aqui expostas definem aprioristicamente uma determinada amplitude prestacional do direito à saúde - em grau zero, em grau máximo ou em grau mínimo; a partir da amplitude prestacional fixada como premissa, flui automaticamente o reconhecimento ou não de uma posição prestacional. Ora, esse enfoque pode ser invertido: é possível defender que a amplitude prestacional do direito à saúde depende da aceitabilidade dos resultados dela advindos. Ou seja: que o reconhecimento de um direito prestacional à saúde é determinado de acordo com os efeitos desse reconhecimento.

A linha argumentativa que reconhece no direito fundamental social à saúde uma amplitude prestacional em grau variável baseia-se na ideia de “ponderação”. Ao tratar da questão dos direitos sociais

originários a prestações (dentre os quais se inclui o direito à saúde), Ingo Wolfgang Sarlet observa que, no que se refere às prestações que ultrapassam o âmbito do mínimo existencial, “[...] o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer” (2011, p. 350). Daniel Sarmento, ao abordar a possibilidade de intervenção judicial em favor da consecução de direitos sociais, opina que “[...] o ponto a que pode chegar o Judiciário depende de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso, na qual, de um lado, figure o direito social em questão, e, do outro, os princípios concorrentes [...]” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 579).

Discorrendo especificamente sobre o direito fundamental social à saúde, Maurício Caldas Lopes prega a existência de um conteúdo mínimo desse direito, diretamente determinável a partir do próprio texto constitucional, independentemente da concretização legislativa. Esse conteúdo mínimo só poderia ser delimitado “[...] a partir do caso examinado, numa equação ponderativa [...]”. Os elementos a serem considerados nessa equação ponderativa seriam o direito à vida, a divisão funcional dos poderes, o princípio da maioria, a reserva do possível e, necessariamente, “[...] o trecho da realidade que convoque o balanceamento” (LOPES, 2010, p. 85). Da mesma forma, Fernando Borges Mânica entende que, reconhecida a densidade normativa do direito à saúde enquanto direito originário, “[...] caracterizada pela possibilidade de produzir efeitos concretos, sua aplicação deve passar pelo processo de ponderação em face de outros princípios eventualmente incidentes na hipóteses” (MÂNICA, 2011, p. 26). Cite-se, ainda, a posição de Clèmerson Merlin Clève, para quem o direito à saúde é reclamável mesmo que não haja definição legislativa, “[...] cabendo ao juiz verificar [...] se a prestação exigida pelo particular é compatível com o que, razoavelmente, se poderia esperar do poder público em termos de atendimento ao direito em questão” (2003, p. 156-157).

Como se pode perceber, esses autores não traçam critérios para a determinação das prestações componentes do direito constitucional à saúde. Isso é da essência da posição por eles adotada: a prestação constitui um direito ou não a depender das consequências de sua admissão como exigível, consequências estas determináveis de acordo com uma ponderação, ou seja de um cotejo entre os interesses envolvidos e que são potencialmente conflitantes.

O entendimento doutrinário segundo o qual o direito fundamental social à saúde teria uma amplitude prestacional variável não conta com apoio expresso em dispositivos constitucionais. Na verdade, os autores aqui referidos que o defendem partem das formulações teóricas do ponderacionismo, baseando-se quase sempre em Robert Alexy. (LOPES, 2010, p. 57-70. SARLET, 2011, p. 346 e MÂNICA, 2011, p. 26)

1.2 DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As disposições constitucionais que preveem o direito à saúde tornam-no existente pelo só fato de estarem presentes no documento escrito reconhecido como a lei suprema da comunidade política. Os enunciados contidos nos artigos 6º e 196 da Constituição, porque são atos performativos, são suficientes para realizar o que descrevem: ao dizerem que há um direito à saúde, fazem com que ele surja.

A existência de um direito à saúde previsto constitucionalmente nada diz sobre a extensão em que esse direito é garantido e nem sobre o quê, de concreto, pode-se com base nele exigir. Como visto, é possível entender que o direito à saúde não implica um direito a prestações diretamente haurível da Constituição, tendo uma amplitude prestacional em grau zero. Porém, viu-se também que é possível entender o contrário: que o direito à saúde contém um direito originário a prestações, cuja amplitude seria ou em grau máximo, ou em grau mínimo, ou, ainda, em grau variável.

Se há posições doutrinárias segundo as quais o direito à saúde, independentemente de intermediação legislativa, assegura prestações, coloca-se a questão acerca da exigibilidade de tais prestações; e se há posições doutrinárias divergentes acerca da amplitude do conjunto das prestações reivindicáveis, coloca-se a questão acerca das ações e serviços de saúde que podem ser objeto de tutela jurisdicional. Essas questões são enfrentadas - e, de certa forma, *resolvidas* - em decisões do Poder Judiciário que apreciam demandas fundadas no direito constitucional à saúde, deferindo ou não pedidos de concessão de medicamentos, de realização de cirurgias, de custeio de tratamentos médicos, etc. As decisões que, ao apreciarem tais demandas, admitem a existência de um direito subjetivo a prestações extraível diretamente do texto constitucional, não previsto em lei ou em outros atos normativos, procedem ao que aqui se designa como “delimitação judicial do direito à saúde”, que se choca com a “delimitação legislativa do direito à saúde”,

realizada pelo Poder Legislativo, e com a “delimitação administrativa do direito à saúde”, realizada pelo Poder Executivo. Assim, para os fins deste trabalho, deve entender-se “delimitação judicial do direito à saúde” como um raciocínio, explícito ou implícito em uma decisão do Poder Judiciário, que reconhece um direito originário a prestações *não constante* em lei ou ato normativo inferior, sob o argumento de que esse direito dimana da própria Constituição.

É preciso destacar que o fenômeno da delimitação judicial do direito à saúde insere-se num fenômeno mais amplo, a *litigância em saúde*, que pode ser examinado sob vários aspectos. Siri Gloppen divide a litigância em saúde em quatro fases: a fase de formação de uma demanda, a fase de adjudicação do direito reclamado, a fase de implementação da medida adjudicatória e a fase de mensuração dos efeitos sociais da implementação da medida adjudicatória. (2011, p. 30-38)

Na fase de formação da demanda, podem ser objetos de investigação quem litiga (1), os motivos da litigância (2), as dificuldades/facilidades para ingressar com a demanda (3), os recursos disponíveis para os litigantes (4), o que o litigante procura (5), a base legal para o pedido formulado (6), e os argumentos e evidências manifestados no pedido (7). Na fase de adjudicação do direito, é possível perguntar-se sobre a jurisdição competente para apreciar a demanda (8), a composição do órgão jurisdicional competente (9), a acessibilidade desse órgão (10), os requisitos para a admissibilidade da demanda (11), a receptividade do órgão jurisdicional à demanda (12), o tipo de ordem dada pelo órgão jurisdicional em caso de aceitação da demanda (13), os fundamentos jurídicos da decisão judicial (14), o tratamento das questões concernentes aos custos (15) e a utilização de perícia técnica na análise de tais questões (16). Por sua vez, na fase de implementação da decisão judicial que reconhece uma determinada posição fundada no direito à saúde, podem ser tratados os seguintes pontos: quem é a autoridade responsável pelo cumprimento da decisão e qual a sua margem de discricionariedade (17), quais atores apoiam/cumprem a decisão (18), em que nível as autoridades responsáveis cumprem a decisão (19), quais são os mecanismos para forçar o cumprimento da decisão (20), e em que nível a decisão judicial interfere na reforma da política de saúde ou em alguma reforma institucional (21). Na fase de mensuração dos efeitos sociais da decisão de reconhecimento do direito, pode perquirir-se acerca das mudanças provocadas pela decisão no cotidiano da população (22), da realocação dos recursos provocada pela decisão (23), da origem dos recursos

realocados (24), da influência da implementação da decisão judicial no direito de todos à saúde (25), e da colaboração da decisão para o fortalecimento do plano nacional de saúde ou para torná-lo mais razoável (26). (GLOPPEN, 2011, p. 30-38)

Nota-se que a litigância em saúde pode ser analisada sob vários aspectos: a identificação de quem pede a concretização do direito à saúde pode ser objeto de um estudo de Sociologia do Direito; a questão dos mecanismos para forçar o cumprimento de uma decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos pode ser examinada sob o ângulo do Direito Penal; a questão da acessibilidade do órgão jurisdicional pode ser discutida no âmbito do Direito Processual; já o ponto relacionado à definição das autoridades responsáveis pelo cumprimento das decisões judiciais que outorgam bens e serviços de saúde pode ser tratada pelo Direito Administrativo, e assim por diante.

Pois bem: este trabalho debruça-se sobre o problema da delimitação judicial do direito à saúde, enquanto procedimento de determinação do sentido e do alcance das normas constitucionais que o preveem, inserindo-se na órbita do Direito Constitucional. Dentro do fenômeno maior da litigância em saúde, esse problema concerne à fase de adjudicação, e, mais especificamente, ao ponto referente ao fundamento jurídico das decisões judiciais que admitem a existência de um direito prestacional originário à saúde (16). Para deixar bem claro: a delimitação judicial do direito à saúde, para os fins deste trabalho, é a atividade cognitiva exercida por um membro do Poder Judiciário (1), que, materializada em um documento escrito - uma decisão interlocutória, uma sentença ou um acórdão (2), retira diretamente do texto constitucional - ou seja, sem levar em conta o disposto na legislação infraconstitucional (3), fundamentos que possibilitam a emissão de um pronunciamento sobre um pedido de prestação relacionado ao direito à saúde direcionado a algum ente público - vazado mais ou menos nos seguintes termos: “julgo procedente o pedido feito por X para determinar que o ente público Y forneça o medicamento Z”, quando se defere o pedido, ou “julgo improcedente o pedido feito por X em face do ente público Y, pois a Constituição não lhe assegura o direito a receber o medicamento Z” (4).

Qualquer decisão de qualquer órgão do Poder Judiciário que faça a delimitação do direito à saúde poderia ser analisada neste trabalho. Como o que se discute são os limites do que é constitucionalmente garantido por esse direito, serão examinadas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, que é reconhecido como o órgão de cúpula do Poder Judiciário (TEMER, 2003, p. 173) e que é qualificado pelo

artigo 102 da Constituição como corte de última instância e como guardião dos preceitos nela inscritos. (BRASIL, 1988). Destaque-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal selecionadas para estudo têm sua importância atestada pelo fato de terem sido citadas em obras científicas.

1.2.1 Uma decisão generosa

Há um cardápio de posições defendidas e/ou defensáveis à disposição dos membros do Poder Judiciário para balizar a delimitação judicial do direito à saúde. É possível dizer que os artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição não garantem nenhum direito subjetivo a prestações (amplitude prestacional em grau zero); pode-se afirmar que, pelo contrário, esses artigos garantem todas as prestações possíveis (amplitude prestacional em grau máximo); se essas posições parecem extremadas, pode-se defender que garantem algumas prestações e outras não (amplitude prestacional em grau mínimo); e se as consequências trazidas pela aplicação das outras posições parecem indesejáveis, é possível dizer que o critério para considerar uma prestação como garantida ou não depende da aceitabilidade dos resultados advindos do reconhecimento da posição prestacional (amplitude prestacional em grau variável).

Uma decisão judicial pode não fazer uma opção expressa por uma das posições supramencionadas. Porém, esmiuçando os seus fundamentos, encontram-se elementos que viabilizam a sua classificação em uma delas. Faça-se isso com a decisão prolatada pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Petição 1.246/SC, em 31 de janeiro de 1997, cuja importância é destacada pela doutrina, haja vista que “[...] fez escola [...]” (AVELÃS NUNES; SCAFF, 2011, p. 33) e “[...] vem sendo reiteradamente mencionada pelo STF como paradigmática [...]” (SCAFF, 2008, p. 164).

O caso tratado na Petição 1.246/SC iniciou-se com o ajuizamento de uma ação cautelar por J. B. G. C. na qual se pleiteava, em face do Estado de Santa Catarina, o custeio de tratamento para a distrofia muscular de Duchene em clínica situada nos Estados Unidos, no importe de US\$ 63 mil. O juízo de 1º grau concedeu a liminar cautelar e ordenou ao Estado de Santa Catarina que pagasse pelo tratamento ou se responsabilizasse pelo seu custeio, determinando, na sequência, o bloqueio de verbas depositadas nas contas bancárias do ente público no montante suficiente para tal e a sua imediata transferência à mãe do autor. Essa decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, motivo pelo

qual o Estado de Santa Catarina interpôs uma petição ao Supremo Tribunal Federal requerendo a suspensão da liminar, alegando que a determinação judicial caracterizava violação aos artigos 37, 100 e 167 da Constituição, por veicular uma ordem de pagamento sem amparo orçamentário e sem base legal, além de configurar afronta ao princípio da separação dos poderes.

O ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência da Corte, considerou que a providência reclamada na medida cautelar era o único meio de salvar a vida do autor, sendo que essa circunstância, aliada a “[...] um imperativo de solidariedade humana [...]” e à “[...] impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público [...] de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º)”, inviabilizava o deferimento do pedido de suspensão da liminar deduzido pelo Estado de Santa Catarina. O ministro teceu elogios à decisão de 1º grau, que, ao deferir o custeio de tratamento no exterior em sede de liminar cautelar, constituiria “[...] um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável”. O argumento nuclear da decisão é o seguinte:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (BRASIL, 1997)

O trecho acima transcrito converteu-se em uma espécie de chavão forense, multicitado em decisões judiciais sobre demandas relacionadas ao direito à saúde. Uma amostra superficial é suficiente para verificar a frequência com que é utilizado: o sistema de busca do sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo acusa 3.751 acórdãos que o mencionam (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2014); o do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 211 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2014); o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 154 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014); e o do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 206 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2014).

Uma dissecação da decisão do ministro Celso de Mello revela a amplitude prestacional por ela emprestada ao direito fundamental social à saúde. Em favor da manutenção da decisão de 1º grau que deferiu, em favor do autor, o custeio do tratamento pleiteado (transplante de células mioblásticas nos Estados Unidos), consideraram-se os seguintes dados: singularidade do caso (1); imprescindibilidade da medida (2); impostergabilidade do dever estatal de assegurar a todos a proteção à saúde e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente, por força dos arts. 196 e 6º c/c art. 227, § 1º, da Constituição (3); necessidade de obedecer a um imperativo de solidariedade humana (4); e prevalência da proteção da inviolabilidade do direito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela Constituição da República, sobre um interesse financeiro e secundário do Estado (5).

Note-se que a singularidade do caso (1) e a imprescindibilidade da medida (2) são dados relacionados aos fatos; já a necessidade de obedecer a um imperativo de solidariedade humana (4) é dado extrajurídico, de ordem moral. Os dados jurídicos nos quais se baseou a decisão foram a impostergabilidade do dever estatal de assegurar a todos a proteção à saúde e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (3) e a prevalência da proteção da inviolabilidade do direito à vida sobre um interesse financeiro e secundário do Estado (5).

Uma reflexão sobre os dados estritamente jurídicos utilizados na argumentação desenvolvida pelo ministro Celso de Mello revela que se faz uma conexão entre o direito à saúde e o direito à vida: ao justificar a manutenção da decisão que reconheceu a posição prestacional reclamada, o ministro diz que a única opção possível ao julgador “[...] é o respeito indeclinável à vida” (BRASIL, 1997). Ou seja: o tratamento pleiteado encontraria substrato normativo não só no direito à saúde, mas no próprio direito à vida, podendo-se afirmar que o direito à saúde seria uma garantia do direito à vida. (LOPES, 2010, p. 45)

Interessante observar, também, que o ministro identifica, como única posição contrária ao reconhecimento da posição prestacional, “[...] um interesse financeiro e secundário do Estado [...]”, que sempre cederia passo “[...] ao respeito indeclinável à vida [...]” (BRASIL, 1997); assim, o direito à saúde, conectado ao direito à vida, sempre deteria preferência sobre os interesses que com ele colidem, de forma que as posições prestacionais relativas à saúde seriam sempre exigíveis. Além de serem sempre exigíveis, as prestações garantidas pelo direito à saúde seriam ilimitadas, haja vista que a decisão não faz menção a nenhum critério ou parâmetro a ser observado na sua outorga.

Nos termos da decisão em comento, o conflito existente entre o direito à saúde e o único interesse contrastante identificado - “interesse financeiro e secundário do Estado” - seria resolvido de acordo com o critério hierárquico. Destarte, a posição prestacional pleiteada - o tratamento via transplante das células mioblásticas - derivaria, por subsunção, da norma de grau superior, que assegura o direito à saúde, sendo que as normas de grau inferior que protegem interesses conflitantes constituiriam “vícios jurídicos”. Não se pode falar que a decisão admite a ponderação, pois o ministro Celso de Mello deixa claro que “[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida [...] ou fazer prevalecer [...] um interesse financeiro e secundário do Estado [...]” há “[...] uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida [...]”.

Pode-se afirmar, então, que a decisão prolatada na apreciação da Petição 1.246/SC, ao predeterminar a superioridade incondicional do direito fundamental social à saúde sobre outros interesses, e ao não fixar quaisquer limitações à exigibilidade das prestações derivadas desse direito, confere-lhe uma amplitude prestacional em grau máximo. Por isso, pode ser qualificada como uma decisão “generosa” no que toca à delimitação das posições exigíveis com base nas disposições constitucionais insertas nos artigos 6º, 196 e seguintes da Constituição.

1.2.2 Uma decisão restritiva

Se uma decisão que confere ao direito fundamental social à saúde a propriedade de garantir prestações ilimitadas por derivação direta da Constituição pode ser considerada “generosa”, uma decisão que não confere a esse direito tal propriedade pode ser considerada como “restritiva”, ao menos do ponto de vista dos interessados na satisfação das prestações. Neste último tipo pode ser enquadrada a decisão tomada pela ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar em 26 de fevereiro de 2007 o Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, feito pelo Estado de Alagoas.

O caso objeto do Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 iniciou-se com a propositura, pelo Ministério Público de Alagoas, da Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7, na qual se demandava, dentre outros pedidos, o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Concedido o pedido de antecipação da tutela pelo juízo de 1º grau, o réu, Estado de Alagoas, ingressou com pedido de suspensão perante o Tribunal de Justiça, que foi indeferido. Diante desse indeferimento, o Estado de Alagoas manejou novo pedido de suspensão

ao presidente do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu por bem remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal, considerando que a causa de pedir, na ação ordinária, ostentava índole constitucional, porque envolvia a interpretação e aplicação dos artigos 23, II e 198, I, da Constituição Federal. Enviado o pedido ao Supremo Tribunal Federal, coube à ministra Ellen Gracie apreciá-lo, pelo fato de estar no exercício da presidência daquela corte. A ministra decidiu pelo deferimento parcial do pedido de suspensão de tutela antecipada, a fim de limitar a responsabilidade do Estado de Alagoas “[...] ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde”, ou seja, ao fornecimento dos medicamentos já adotados pela política pública de atendimento aos pacientes renais (BRASIL, 2007). Teceram-se estas considerações a respeito do artigo 196 da Constituição:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados ‘(...) e outros medicamentos necessários para tratamento (...)’ (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (BRASIL, 2007)

Separados, os dados componentes do raciocínio empreendido pela ministra Ellen Gracie para formar sua decisão são os seguintes: o artigo 196 da Constituição, em princípio, abriga uma norma que ordena a efetivação de políticas públicas de saúde que abranjam toda a população (1); o artigo 196 da Constituição, em princípio, não garante um direito individual à saúde (2); o fornecimento de recursos necessários à reabilitação da saúde não pode levar à inviabilização do sistema público de saúde (3). Os dois primeiros dados revelam que o direito à saúde consagrado no artigo 196 da Constituição, pelo entendimento adotado na decisão, seria um mero direito à execução de políticas públicas, ou seja, um direito social derivado a “[...] exigir uma

atuação legislativa concretizadora das ‘normas constitucionais sociais’ [...]” e a “[...] exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitalares existentes [...])” (CANOTILHO, 2000, p. 402). Em outras palavras: o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição seria apenas um interesse tutelado pelo direito objetivo sem o correspondente direito subjetivo, configurando um “bem jurídico” ou um “efeito reflexo da ordem jurídica”⁷ (ANDRADE, 2003, v. 1, p. 9).

A ideia de que do artigo 196 da Constituição não decorre diretamente um direito a prestações fica clara na conclusão da decisão da ministra Ellen Gracie, que limita a responsabilidade do Estado de Alagoas “[...] ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde” (BRASIL, 2007). Assim, perante o ente público só seriam exigíveis as prestações cuja satisfação já está predeterminada na legislação infraconstitucional. Essa ideia afina-se com o posicionamento de Luís Roberto Barroso, para quem, no âmbito de demandas individuais, a atuação do Poder Judiciário deve circunscrever-se “[...] a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos [...]”. (BARROSO, 2008, p. 897)

A decisão exarada na apreciação do Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, como visto, não reconhece a existência de um direito originário a prestações de saúde: a Constituição, por si só, não garantiria tais prestações. Somente o devido detalhamento das

⁷ Sobre os interesses tutelados pelo direito objetivo sem o correspondente direito subjetivo, são esclarecedoras as observações de Manuel A. Domingues de Andrade, que neles enquadra a vacinação obrigatória: “Além de não haver identidade entre o direito subjectivo e o interesse juridicamente tutelado, não há sequer uma inteira coincidência entre os dois termos. A todo o direito subjectivo corresponderá um tal interesse. Mas não inversamente. Pode haver interesses tutelados pelo direito objetivo, a que todavia não corresponde um direito subjectivo, porque a respectiva tutela é organizada por outro meio - *maxime* pela intervenção oficiosa da entidade pública. Costuma falar-se, em tais casos, de *bens jurídicos*, de *interesses protegidos* ou ainda (no campo publicístico) de *efeitos reflexos da ordem jurídica*. Assim, para referir um caso clássico: a lei que impõe a vacinação obrigatória é uma lei que protege os interesses de cada um. Mas nem por isso a cada um compete um direito subjectivo correspondente. Nenhum de nós pode verdadeiramente exigir que os outros sejam vacinados; nem a vacinação dos outros, ou a nossa, depende de qualquer solicitação ou requerimento. Os agentes do serviço público competente devem proceder a essa operação por sua iniciativa e autoridade”. (ANDRADE, 2003, v. 1, p. 9)

prestações de saúde em diploma infraconstitucional é que lhes conferiria a nota da exigibilidade, convertendo-os em direitos subjetivos. Por isso, pode-se dizer que a decisão da ministra Ellen Gracie atribui ao direito fundamental social à saúde, enquanto direito originário a prestações, uma amplitude prestacional em grau zero: com base tão-somente na Constituição, nenhuma ação ou serviço de saúde seria exigível em face do Estado.

1.2.3 Uma decisão que busca o meio-termo

Não reconhecer no direito fundamental social à saúde um direito originário a prestações é uma opção passível de críticas. Pode-se entender que isso significa menoscar a força de uma norma constitucional, tornando os titulares do direito à saúde reféns de normas infralegais que desobedecem aos comandos superiores do ordenamento jurídico. Como poderia uma mera portaria do Ministério da Saúde, por exemplo, prevalecer sobre o comando inserto no artigo 196 da Constituição?

Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio consideram que a decisão prolatada no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, ao desobrigar o ente público de fornecer medicamentos não previstos na política de atendimento aos pacientes renais, adotou argumentos meramente políticos, sendo que a ministra Ellen Gracie teria ignorado o direito individual ao medicamento, “[...] não protegendo o direito à vida e à saúde no caso [...]”, filiando-se “[...] a um pragmatismo jurídico - segundo o qual os cidadãos não possuem direitos e, assim, os juízes devem decidir da maneira que melhor atender os interesses da coletividade [...]” (2009, p. 62). Ao mesmo tempo em que criticam a decisão da ministra Ellen Gracie, as autoras elogiam a decisão do ministro Celso de Mello prolatada na Petição nº 1.246/SC, na qual se decidiu que o tratamento de saúde reclamado deveria ser concedido porque o direito à vida prevaleceria sobre “[...] um interesse financeiro e secundário do Estado [...]” (BRASIL, 1997). Para elas, o ministro “[...] *levou os direitos a sério*, pois admitiu que os princípios são imponderáveis e devem ser respeitados, não devendo o juiz decidir de maneira utilitarista [...]”.⁸ (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 60)

⁸ As autoras defendem que a decisão do ministro Celso de Mello, ao privilegiar o princípio da vida digna, teria utilizado um argumento de princípio - “levando os direitos a sério”, ao passo que a decisão da ministra Ellen Gracie, ao sacrificar um direito individual a um interesse coletivo, estaria baseada em um

Outros autores fazem justamente o oposto do que fizeram Vera Karam de Chueiri e Joanna de Araújo Sampaio: elogiam a decisão prolatada pela ministra Ellen Gracie no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 e criticam a decisão prolatada pelo ministro Celso de Mello na Petição nº 1.246/SC. Ricardo Lobo Torres, por exemplo, entende que a ministra Ellen Gracie, ao dizer que o direito à saúde refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas universalistas, faz isso com “[...] muita propriedade [...]”, destacando que “A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países” (TORRES, 2009, p. 129). Por sua vez, António José Avelãs Nunes pensa que a decisão do ministro Celso de Mello, ao afirmar que o direito à vida sempre prevalece sobre um “interesse financeiro e secundário do Estado”, encerraria “[...] um belo discurso moralista (demagógico?) [...]”, que poderia “[...] aliviar a nossa (má?) consciência [...]”, mas que não poderia ser levado a sério (AVELÃS NUNES; SCAFF, 2011, p. 37). Para ele, não se pode ignorar que não há recursos suficientes para atender todas as exigências da população; sendo assim, faz-se necessária uma seleção de prioridades, o que envolve uma escolha política que, no Estado Democrático de Direito, é de responsabilidade do Parlamento, e não do Judiciário. (AVELÃS NUNES; SCAFF, 2011, p. 36-40).

Por serem criticáveis sob uma ótica e elogiáveis sob outra ótica, a decisão prolatada na apreciação da Petição 1.246/SC e a decisão prolatada na apreciação do Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL atraem para si a suspeição do extremismo ou do radicalismo, ou, quando menos, a suspeição da imperfeição. Colocada essa suspeição, surge a tentação de buscar o meio-termo, a “terceira via”,

argumento de política (*policy*) - que só poderia ser adotado pelos poderes Executivo e Legislativo, e não pelo Judiciário (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 48, 58-59 e 62). Ora, a ideia de que a decisão da ministra Ellen Gracie valeu-se de um argumento de *policy* é controvertida, mesmo à luz da teoria de Dworkin - utilizada como referencial teórico pelas autoras. Dworkin admite, na obra “Levando do direitos a sério”, que um juiz que restringe um direito abstrato em consideração a direitos concorrentes baseia-se num argumento de princípio (DWORKIN, 2002, p. 156). Da mesma forma, pode-se entender que a ministra Ellen Gracie, ao levar em consideração os direitos de outros pacientes para restringir o direito abstrato à saúde dos pacientes renais, teria baseado sua decisão em um argumento de princípio.

criando um tipo de decisão que conjugasse as qualidades das duas decisões, sem nenhum dos seus defeitos. Ao que parece, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, assumiu essa missão ao relatar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, provindo do Estado do Ceará, sendo que o voto por ele proferido nesse caso é tido como um *leading case* de um novo paradigma decisório. (AVELÂS NUNES; SCAFF, 2011, p. 120)

O caso objeto do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 começou com o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, cuja finalidade era obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) em favor de C. A. C. N., portadora da doença de Niemann-Pick tipo “C”, prestação de saúde esta cujo custeio chegava a R\$ 52 mil mensais. O processo foi distribuído ao juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que extinguiu o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade ativa do Ministério Público, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Diante dessa sentença, o Ministério Público interpôs apelação ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que deu provimento ao recurso para reconhecer a legitimidade ativa do apelante e, além disso, deferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar que os réus fornecessem o medicamento pleiteado à paciente beneficiária. Contra essa última decisão, a União ajuizou pedido de suspensão de tutela antecipada ao Supremo Tribunal Federal, que foi rejeitado pelo ministro Gilmar Mendes, então na presidência da Corte. Tentando reverter a decisão monocrática do ministro, a União interpôs agravo regimental ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, alegando, em suma, que a decisão pelo deferimento da antecipação da tutela violava o princípio da separação dos poderes, ao desconSIDERAR que a definição de políticas públicas de saúde era função exclusiva da Administração Pública. (BRASIL, 2009)

Ao relatar o Agravo Regimental no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o ministro Gilmar Mendes principia o seu voto afirmando que “A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição” e que “Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica”. Tais teses buscariam definir “[...] *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial” - ou seja, as teses perquiririam acerca da amplitude prestacional do direito à saúde. (BRASIL, 2010b)

O ministro observa que, no campo dos direitos sociais, “Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas [...]”. Em seguida, lança-se à tarefa de verificar de que forma a Constituição estabelece os limites e possibilidades de implementação do direito à saúde, examinando detidamente o disposto no artigo 196 daquele diploma.

O ministro entende que o artigo 196 da Constituição consagra “[...] tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde [...]”, mas que se deve ter conta que “[...] esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas [...]”, inexistindo “[...] um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde”. Ou seja: a disposição constitucional preveria apenas “[...] um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”, de forma que “[...] a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) [...]”, requisito demonstrável “[...] caso a caso”. (BRASIL, 2010b)

O ministro Gilmar Mendes prossegue afirmando que existe uma “[...] crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos [...]”, para, na sequência, opinar no sentido de que “[...] o problema talvez não seja de [...] interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde [...]”, haja vista que, na quase totalidade dos casos, haveria apenas uma “[...] determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas existentes”. (BRASIL, 2010b)

Partindo desse pressuposto, o ministro destaca que, na apreciação judicial de demandas relativas ao direito à saúde, “[...] o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte” (BRASIL, 2010b); então, se o Judiciário defere uma prestação de saúde já incluída nas políticas sociais e econômicas desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde, não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento - assim, seria evidente o direito subjetivo público a prestações previstas pelas políticas públicas de saúde, ou seja, aos direitos a prestações consagrados na legislação infraconstitucional ou direitos derivados a prestações.

O segundo dado a ser considerado no julgamento de pedidos relacionados ao direito à saúde seria “[...] a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”, podendo

ocorrer, nessa hipótese, duas situações: “[...] 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia”. O ministro Gilmar Mendes salienta que “[...] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente [...]”, ponderando que não se pode afastar “[...] a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”. Aduz ainda que “[...] a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada”. (BRASIL, 2010b)

Depois de fazer essas considerações, o ministro votou no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto pela União, mantendo a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinou o fornecimento do medicamento à paciente C. A. C. N., tendo em vista a grave lesão que a suspensão dessa decisão acarretaria. Ao seu posicionamento aderiram, à unanimidade, todos os ministros do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2010b)

Examinando a fundamentação construída pelo ministro Gilmar Mendes, nota-se que, nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, devem seguir-se os seguintes parâmetros na apreciação de demandas relativas ao direito à saúde: o direito fundamental social à saúde previsto no artigo 196 da Constituição constitui-se, em princípio, em um direito subjetivo a políticas públicas na área da saúde, de titularidade coletiva ou individual (1); o Poder Judiciário, na efetivação do direito à saúde, deve, em princípio, limitar-se a determinar a execução das políticas já existentes (2); o Poder Judiciário deve privilegiar o tratamento previsto pelas políticas públicas de saúde em detrimento do tratamento escolhido pelo paciente (3); nos casos em que inexistente política pública para atender determinada patologia, ou nos casos em que o tratamento dispensado pelo sistema público de saúde for ineficaz para determinado paciente, o Poder Judiciário e a própria Administração podem determinar o fornecimento de tratamento não previsto pelas políticas públicas de saúde (4); a inexistência de tratamento de saúde previsto pelas políticas públicas não pode justificar violação ao princípio da integralidade do sistema de saúde e nem justificar a diferença entre as opções acessíveis na rede

pública de saúde e aquelas acessíveis na rede privada de saúde (5). Todos esses parâmetros podem ser resumidos em dois: ao apreciar pedidos visando à concretização do direito constitucional à saúde, o Poder Judiciário deve privilegiar o tratamento previsto pelas políticas públicas de saúde (3), *contudo*, caso o tratamento previsto seja inadequado, tanto o Judiciário quanto a Administração podem determinar o fornecimento de tratamento não previsto nas políticas públicas de saúde (4).

A partir da identificação dos critérios elaborados pelo ministro Gilmar Mendes para guiar o julgamento de pedidos fundados no direito à saúde, cabe indagar a respeito da amplitude prestacional por ele conferida a esse direito. Em um primeiro momento, parece que o ministro, acompanhado pela unanimidade de seus pares, prestigia a observância das políticas públicas estabelecidas pelos órgãos competentes, ao dizer que “[...] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente [...]” (BRASIL, 2010b). Porém, como bem observado por Fernando Facury Scaff, o ministro “[...] cria uma válvula de escape para as decisões judiciais [...]” “ao admitir “[...] ‘a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que [...] comprove que o tratamento fornecido não é eficaz em seu caso [...]’” (AVELÁS NUNES; SCAFF, 2011, p. 124). De fato: segundo o raciocínio do ministro, se o tratamento oferecido pelas políticas públicas de saúde for adequado à situação clínica do paciente demandante, o Poder Judiciário deverá preferi-lo a outro tratamento; porém, se o tratamento oferecido pelas políticas públicas de saúde for inadequado, o Poder Judiciário ou a Administração podem determinar a realização de outro tratamento. Ou seja: de qualquer maneira, é possível ordenar a realização do tratamento adequado à situação clínica do paciente, *independentemente de estar ou não incluído nas políticas públicas de saúde*.

A análise do voto condutor do acórdão exarado no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 pode ser aprofundada: ao reconhecer a possibilidade de o Judiciário ou a Administração determinar o fornecimento de tratamento não incluído nas políticas públicas de saúde, o voto acaba por consagrar o entendimento de que o direito fundamental social à saúde insculpido na Constituição traduz uma norma que ordena o fornecimento de qualquer tratamento de saúde. Essa conclusão é reforçada pelo fato de o ministro Gilmar Mendes não demarcar qualquer limitação ao deferimento de

prestações de saúde não incluídas em políticas públicas, a não ser a prova de que elas são necessárias - é particularmente revelador o trecho em que o ministro observa que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS para determinada patologia não pode justificar “[...] a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada” (BRASIL, 2010b).

Depois de feita a análise do voto condutor do acórdão prolatado na apreciação do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, é possível resumi-lo com estas palavras: *qualquer tratamento de saúde pode ser pedido com base no direito constitucional à saúde; se o tratamento incluído nas políticas públicas for satisfatório, deverá ser respeitado*. Nessa linha, a inclusão da prestação de saúde nas políticas públicas não seria circunstância determinante de seu fornecimento, pois as prestações não incluídas poderiam ser fornecidas, e, pelo que se pode depreender do voto, de forma ilimitada. Ora, se assim é, o voto do ministro Gilmar Mendes confere ao direito fundamental social à saúde uma amplitude prestacional em grau máximo, trilhando os passos da decisão prolatada pelo ministro Celso de Mello ao apreciar a Petição nº 1.246. Portanto, a decisão “que busca o meio-termo” é, em sua essência, uma decisão “generosa”.

1.3 RISCOS DA DELIMITAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: “INTROMISSÃO” E “INJUSTIÇA”

Inicialmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal aqui analisadas receberam três epítetos: decisão “generosa”, decisão “restritiva” e decisão “que busca o meio-termo”. Ao final, revelou-se que este último epíteto não se justificava, pois a decisão que buscava o meio-termo era, em rigor uma decisão “generosa”, que conferia ao direito fundamental social à saúde uma amplitude prestacional em grau máximo, embora manifestasse deferência às políticas públicas de saúde. Em rigor, a decisão que buscava o meio-termo limitou-se a estabelecer, como etapa prévia à outorga judicial de tratamentos não incluídos em políticas públicas (tratamentos não padronizados), a prova da ineficácia das terapias já fornecidas pelo sistema público de saúde.

O fato de a decisão que buscava o meio-termo constituir, no fundo, uma variante da decisão “generosa” dá indícios do prestígio do princípio do resgate, ou seja, da ideia de que “a saúde não tem preço”. Isso se demonstra pela percepção de que as decisões judiciais afinadas com o princípio do resgate constituem a interpretação judicial dominante acerca do conteúdo do direito fundamental social à saúde.

Vera Karam Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio celebram a predominância das decisões judiciais que delimitam o direito à saúde de forma a conferir-lhe uma amplitude prestacional em grau máximo. Citando a decisão exarada pelo ministro Celso de Mello ao apreciar a Petição 1.246/SC - segundo a qual a proteção do direito à vida prevalece sobre um interesse secundário do Estado - observam que “O tema [do direito à saúde] vem sendo decidido nos mesmos moldes pelos tribunais inferiores” e elogiam a decisão por ser “[...] coerente e consistente, pois comprometida com a construção de uma história constitucional que não sacrifica o direito dos seus cidadãos em nome do interesse coletivo [...]”. (2009, p. 64). Ricardo Lobo Torres, em tom crítico, afirma que, desde um acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 271.286/RS, de 12 de setembro de 2000, “[...] os tribunais de grau inferior passaram a sacar diretamente do art. 196 da Constituição a fonte legitimadora da afirmação positiva das prestações na área de saúde nos casos de omissão administrativa ou legislativa” (2009, p. 254). Fátima Vieira Henriques considera que, atualmente, “[...] qualquer demandante individual tem enormes chances de ver seu pedido de tratamento médico ou custeio de medicamento julgado procedente sem mais [...]” (2008, p. 827). Ana Luíza Chieffi e Rita Barradas Barata comentam que “O fornecimento de medicamentos por ação judicial tornou-se uma prática rotineira nos últimos anos”, acrescentando, em tom de censura, que “De maneira geral, os juízes, ao deferirem as ordens para o fornecimento de medicamentos como forma de garantir os direitos dos indivíduos, não observam a política de assistência farmacêutica do SUS”. (2009, p. 1.839 e 1.842).

A percepção de que há uma interpretação judicial dominante sobre o conteúdo do direito fundamental social à saúde, que lhe empresta uma amplitude prestacional em grau máximo enquanto direito originário a prestações, é bem expressada por Octávio Luiz Motta Ferraz:

A chamada judicialização da saúde - o expressivo e crescente volume de demandas envolvendo o direito à saúde que diariamente chegam ao Judiciário por todo o Brasil - alcançou proporções significativas - e, para muitos, preocupantes. Por todo o país, órgãos de saúde municipais, estaduais e federais são instados o ano inteiro a responder a milhares de ações judiciais nas quais indivíduos - e, em uma escala menor, grupos - pedem algum tipo de recurso de saúde (medicamentos, cirurgias, aparelhos médicos, e até mesmo alimentos e

fraldas) com base no direito à saúde, que foi incluído nos artigos 6º e 198 da Constituição brasileira de 1988. Além disso, desde o final dos anos 1990, a maioria dessas ações judiciais foram julgadas procedentes, em favor dos demandantes, em grande parte devido a uma interpretação expansiva do direito à saúde que tem sido adotada em todos os níveis do Judiciário brasileiro, desde os juízos inferiores de primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com essa interpretação, o direito à saúde é um direito subjetivo individual a *qualquer* procedimento médico, aparelho ou produto que uma pessoa prove necessitar, independentemente de seus custos.⁹ (2011, p. 76, tradução nossa)

A efetiva predominância da interpretação judicial que reconhece no direito à saúde uma dimensão prestacional ilimitada é reconhecida em acórdãos recentes do Supremo Tribunal. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 812.424, o ministro Celso de Mello ratificou a decisão de instância inferior que estabelecia o dever de o Estado do Piauí fornecer medicamento não incluído nas políticas públicas de saúde, assinalando que esta última decisão ajustava-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal; em seu voto, o ministro citou a decisão proferida na apreciação da Petição nº 1.246/SC e consignou, novamente, que a proteção do direito à vida e à saúde preponderava sobre “[...] um interesse financeiro e secundário do Estado” (BRASIL, 2014b). Por sua

⁹ The so-called judicialization of health - the large and growing volume of claims involving the right to health that reach the courts on a daily basis across Brazil - has achieved significant (and, for many, worrying) proportions. Across the country, municipal, state, and federal health departments must respond to thousands of lawsuits every year in which individuals - and on a lesser scale, groups - claim some kind of health good (medication, surgery, medical equipment, and even food and diapers) based on the right to health, which is included in articles 6 and 198 of Brazil's 1988 Constitution. Moreover, since the late 1990s, most of these lawsuits have been successful for the claimant, in great part due to an expansive interpretation of the right to health that has been adopted at all levels of the Brazilian judiciary, from the lowest first instance courts to the Supreme Federal Tribunal. According to this interpretation, the right to health is an individual entitlement to *any* health procedure, equipment, or product that a person can prove she needs, irrespective of its costs. (FERRAZ, 2011, p. 76)

vez, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 801.676, o ministro Luís Roberto Barroso destacou que “[...] o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode [...] determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”, e que a corte “[...] entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida”¹⁰ (BRASIL, 2014a). Ainda na mesma toada, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 762.242, o ministro Dias Toffoli registrou que a decisão de instância inferior que havia ordenado o fornecimento de medicamento não incluído em política pública de saúde existente estava em sintonia com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o preceito do artigo 196 da Constituição “[...] antes de ser vulnerado, é devidamente cumprido com a prolação de decisões [...] que impõe ao Estado o dever de fornecer aos necessitados, medicamentos de que necessitam para sua sobrevivência” (BRASIL, 2013b). Note-se que em nenhum desses acórdãos fixam-se parâmetros para demarcar o elenco de prestações judicialmente exigíveis na área de saúde, deixando-se entrever que toda e qualquer prestação pode ser reivindicada em face do Estado.

Dada a existência de decisões judiciais que delimitam o conteúdo do direito fundamental social à saúde de maneira a nele incluir toda e qualquer prestação, cabe especular sobre os efeitos provocados por tais decisões. Esses efeitos serão de grande monta, a se admitir que tais decisões predominam na apreciação de demandas em que se pedem o fornecimento de medicamentos, a entrega de aparelhos médicos, a realização de cirurgias, etc. Supondo-se que os efeitos positivos de tais decisões são evidentes - exemplos: a outorga de meios conducentes à melhora da situação clínica dos pacientes e a satisfação de um direito fundamental no maior nível possível (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010, p. p. 273-275) - é oportuno investigar os efeitos negativos. Como efeitos negativos das decisões judiciais delimitadoras do direito à saúde, podem ser identificados a interferência do Judiciário na gestão do sistema público de saúde (1), o aprofundamento das iniquidades de acesso ao sistema público de saúde (2), e o comprometimento da

¹⁰ Note-se que o posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso contradiz entendimento por ele já defendido no artigo “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”.

segurança do paciente em razão da outorga judicial de medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições médicas inadequadas (3) (PEPE et al., 2010, p. 2.406-2.407). Este último efeito diz respeito à ciência médica, ao passo que os dois primeiros podem ser analisados sob uma perspectiva jurídica: a interferência do Judiciário na gestão do sistema público de saúde pode ser qualificada como uma “intromissão”, violadora do princípio da separação dos poderes, ao passo que o aprofundamento das iniquidades de acesso ao sistema público de saúde, como uma “injustiça”, violadora do princípio da igualdade,. Como este trabalho não tem a pretensão de incursionar por assuntos relacionados à Medicina, serão analisados tão somente os efeitos negativos juridicamente apreciáveis, quais sejam, a “intromissão” e a “injustiça”.

1.3.1 A questão da “intromissão”

A emissão de uma ordem judicial que saca diretamente dos preceitos insertos na Constituição o dever estatal de satisfazer uma pretensão relacionada ao direito à saúde pode ser vista como um ato de “intromissão”. O juiz que prolata uma decisão determinando que um ente estatal forneça um medicamento, realize uma cirurgia ou preste um tratamento pode ser considerado saliente, para não dizer “intrometido”.

A Constituição brasileira, no artigo 196, diz que a saúde é “[...] dever do Estado”. Em seguida, no artigo 197, afirma que cabe “[...] ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle [...]”. No artigo 198, a Constituição prevê que “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada [...]”, constituindo “[...] um sistema único [...]” que, nos termos do inciso I, deve ser descentralizado “[...] com direção única em cada esfera de governo”. Nos parágrafos do mesmo artigo, dispõe-se acerca das fontes de financiamento do sistema público de saúde, fazendo-se menção a recursos do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 1988)

Observa-se que o texto constitucional, ao tratar dos sujeitos encarregados da satisfação das necessidades na área da saúde, refere-se ao “Estado”, ao “Poder Público”, à “União”, aos “Estados”, aos “Municípios” e ao “Distrito Federal” - não se refere ao “Poder Executivo” ou à “Administração Pública”. Ora, se o poder estatal “[...] é uno e indivisível” (LENZA, 2011, p. 435), é possível afirmar que na Constituição brasileira não há nenhuma disposição que afaste expressamente a possibilidade de o Poder Judiciário gerenciar a distribuição de ações e serviços de saúde; assim, uma proposta para

atribuir ao Supremo Tribunal Federal a administração do sistema público de saúde, apesar de insólita, não contrariaria frontalmente um enunciado constitucional. - apesar de muito discutível sob o ponto de vista da teoria constitucional.

Por ora, a proposta insólita acima aventada está condenada à inviabilidade, constituindo mera divagação. Os artigos constitucionais que tratam do sistema público de saúde foram regulamentados pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes [...]”. Essa lei, em seu artigo 4º, estabelece que “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”. E, no artigo 9º, a lei especifica os órgãos do governo encarregados da direção do Sistema Único de Saúde (SUS): no âmbito da União, o Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, a respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; no âmbito dos Municípios, a respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (BRASIL, 1990). Pois bem: o artigo 9º comete a direção do sistema público de saúde, batizado de Sistema Único de Saúde, a órgãos do Poder Executivo, pois o Ministério da Saúde é órgão auxiliar do Presidente da República, sujeito exercente do Poder Executivo, conforme artigos 76 e 84, I e II, da Constituição, ao passo que as Secretarias de Saúde também se constituem em órgãos componentes do Poder Executivos, como revelam os artigos 28, § 2º, e 29, V, da Constituição, sendo os secretários municipais e estaduais congêneres dos Ministros de Estado, como se extrai dos artigos 39, § 4º e 56, I, da Constituição. (BRASIL, 1988)

Além de deixar claro que a administração do Sistema Único de Saúde cabe ao Poder Executivo, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, em virtude de alteração instituída pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, determinou, no artigo 19-M, que a assistência terapêutica integral, no âmbito do Sistema Único de Saúde, consiste no fornecimento de medicamentos e produtos de interesse para a saúde “[...] cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado [...]”, sendo que, caso inexistir protocolo adequado à necessidade do paciente, o fornecimento deve ser realizado “[...] com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS [...]”, ou, de forma suplementar, pelos gestores estaduais e municipais; a lei determinou que a assistência terapêutica integral

consiste também na “[...] oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS [...]”. No artigo 19-N a lei definiu protocolo clínico e diretriz terapêutica como “[...] documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravamento à saúde; o tratamento preconizado [...]; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e ao acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos [...]”, destacando que tais critérios devem ser seguidos pelos gestores do SUS. Destaque-se ainda que, no artigo 19-Q, a lei estabeleceu que a inclusão ou a exclusão de medicamentos, produtos e procedimentos do elenco de prestações oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, bem como a elaboração ou modificação de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica “[...] são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS”, sendo que tais atribuições devem ser exercidas, nos termos do artigo 19-R, “[...] mediante a instauração de processo administrativo [...]”, devendo haver “[...] a realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS [...]” e a “[...] realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento”. (BRASIL, 1990)

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, como visto, dá os contornos do direito derivado a prestações de saúde existente no Brasil. A lei não lista quais prestações são exigíveis, quando são exigíveis e nem como são exigíveis; porém, fixa os critérios que devem ser observados pelos gestores do sistema público de saúde na satisfação do direito à saúde. Assim, antes de determinar o fornecimento de um medicamento ou de um aparelho médico, os gestores do Sistema Único de Saúde devem verificar se a prescrição médica está de acordo com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a situação do paciente; antes de determinar a realização de uma cirurgia, devem verificar se o procedimento terapêutico pedido consta em tabelas elaboradas pelo Ministério da Saúde; e, nos casos não previstos pelos protocolos clínicos existentes, devem verificar se o medicamento pedido está incluído nas relações de medicamentos elaboradas por quaisquer dos gestores do Sistema Único de Saúde. Em resumo: só pode ser fornecido ou providenciado o que estiver nas listas do Sistema Único de Saúde, e, *de forma reversa, o paciente só pode obter o que estiver nas listas do Sistema Único de Saúde*. Ressalte-se que essas listas não são fechadas e podem ser ampliadas mediante processo administrativo, na

forma da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Pois bem: dada a maneira como está estruturada a satisfação do direito derivado a prestações de saúde, compreende-se por que uma decisão judicial outorgando recursos de saúde com base em um direito originário a prestações, haurível imediatamente da Constituição, pode configurar uma “intromissão”. Um juiz - que não é gestor de saúde - impõe a quem é gestor o dever de fornecer ou providenciar medicamentos ou tratamentos que podem não estar nas listas do Sistema Único de Saúde. Nessa linha, a decisão judicial que determina o fornecimento de prestações de saúde não previstas nas políticas públicas elaboradas para o setor interferiria em campo de atuação do Poder Executivo, violando o princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição. (BRASIL, 1988)

Analisando a questão com mais profundidade, a outorga judicial de prestações de saúde não incluídas nas listas do Sistema Único de Saúde pode ser acusada de comprometer o próprio princípio democrático, pois “[...] incompatível com o regime democrático a atuação jurisdicional que desborde a sua reservada área de poder” (MENESES, 2003, p. 34). Lembre-se que os recursos destinados à execução das ações e serviços públicos de saúde provêm fundamentalmente “[...] do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios [...]”, nos termos do artigo 198, § 1º, da Constituição (BRASIL, 1988) - ou seja: de recursos recolhidos por todos os cidadãos via tributação. Assim, levando-se em conta que as ações e serviços de saúde no Brasil são gratuitos, por força do que dispõe o artigo 43 da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), a sociedade deve decidir quais regras disciplinarão a distribuição dessas ações e serviços, através de seus representantes democraticamente eleitos, uma vez que os custos de tais benesses são suportados pela própria sociedade via dotações orçamentárias. (BREYER, 2009, p. 397).

A atuação do Poder Judiciário na outorga de prestações de saúde, como direitos originários retirados diretamente da Constituição, representaria a usurpação de competências do Legislativo e do Executivo, pois aquele poder deveria limitar-se a aplicar as normas infraconstitucionais concernentes ao direito à saúde. Ao expedir uma ordem determinando a entrega de um recurso de saúde não incluído nas políticas do Sistema Único de Saúde, o juiz estaria descumprindo a própria lei orçamentária, na medida em que estaria ordenando a realização de despesas sem a respectiva provisão, em afronta aos artigos 165 e 167, I, da Constituição. Nesse sentido é a opinião de Antônio José

Avelãs Nunes, para quem o Poder Judiciário também é vinculado, como os demais poderes, à Constituição e à lei, não podendo exercer funções e tomar decisões que desbordam das suas atribuições constitucionais. O autor salienta que, sendo o orçamento uma lei aprovada pelo Poder Legislativo, “[...] carece de legitimidade o acto de um juiz que se proponha alterar essa *lei*, modificando a afectação das receitas constante da *lei do orçamento*, ou que cometa ao Executivo o dever de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz”. (AVELÃS NUNES; SCAFF, 2011, p. 36)

A tensão entre democracia e outorga judicial de direitos sociais - categoria na qual se inclui o direito à saúde - foi bem captada por Michael Walzer, para quem a efetivação de direitos sociais via atuação do Poder Judiciário, se implementada, reduziria radicalmente o alcance das decisões democráticas, de maneira que, na medida em que essa efetivação se consolidasse, “[...] os juízes [...] decidiriam em detalhe crescente acerca da extensão e do caráter a ser conferido ao sistema de proteção social e acerca dos tipos de redistribuição requeridos”.¹¹ Ele destaca que as decisões judiciais sobre direitos sociais “[...] envolveriam claramente um controle judicial significativo sobre o orçamento estatal e, indiretamente ao menos, sobre o nível da tributação [...]”¹² que se constituem justamente nas questões centrais para a deflagração das revoluções democráticas. O autor afirma que quanto mais direitos os juízes conferem ao povo enquanto indivíduos, “[...] menos livre é o povo enquanto órgão decisório”,¹³ e ainda faz uma observação interessante para aqueles que temem a má qualidade das decisões tomadas pelos representantes eleitos, dizendo que “[...] é uma característica do governo democrático o direito de o povo agir de forma errada [...]”¹⁴ (WALZER, 1981, p. 385-392, tradução nossa).

A expedição de ordens judiciais visando à satisfação de pretensões relativas à saúde, sem a observância das políticas públicas existentes, pode vulnerar também a eficiência na gestão administrativa.

¹¹ “[...] the judges [...] would decide in increasing detail, what the scope and character of the welfare system should be and what sorts of redistribution it required”. (WALZER, 1981, p. 391)

¹² “[...] would clearly involve significant judicial control of the state budget and, indirectly at least, of the level of taxation [...]”. (WALZER, 1981, p. 392)

¹³ “[...] the less free the people are as a decision-making body”. (WALZER, 1981, p. 391)

¹⁴ “[...] it is a feature of democratic government that the people have a right to act wrongly [...]”. (WALZER, 1981, p. 385)

Para Marcos Maselli Gouvêa, a implementação dos direitos prestacionais deve ser reservada ao administrador público, pois, ao contrário do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não dispõe de órgãos técnicos capazes de subsidiar decisões que envolvem problemas complexos, que geram implicações macropolíticas, sendo que este último poder, ao analisar um caso concreto “[...] tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença” (GOUVÊA, 2003, p. 22-23). Em abono à opinião do autor, é possível afirmar que a proliferação de ordens judiciais sobre o direito à saúde, chamada de judicialização, traz consequências deletérias à organização das políticas de saúde, tais como a ineficiência em relação à escala - uma vez que inviabiliza o planejamento das compras de produtos de saúde e a barganha por preços favoráveis junto aos fornecedores - e a dificuldade de controle de estoques - uma vez que o atendimento às ordens judiciais exige a formação de um controle paralelo do fluxo de produtos de saúde (DINIZ; MEDEIROS; SCHWARTZ, 2012, p. 483-487). De forma contundente, Ana Luíza Chieffi e Rita Barradas Barata afirmam que as demandas judiciais prejudicam as políticas de saúde, “[...] impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, além de interferir no planejamento das ações de saúde”; além disso, ao apreciarem tais demandas, os juízes não avaliam, segundo as autoras, se o tratamento pedido “[...] é o melhor em termos de relação custo/benefício”. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.842)

Portanto, a atividade cognitiva de um membro do Poder Judiciário que, baseada tão somente nas disposições constitucionais sobre o direito à saúde e sem levar em conta o previsto nas normas infraconstitucionais, leva à emissão de uma decisão judicial outorgando prestações relativas a necessidades de saúde, pode ser vista como uma intromissão em campo reservado à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Em outras palavras: a delimitação judicial do direito à saúde pode ser considerada uma afronta ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, pois se chocaria com a decisão política tomada pelos Poderes Legislativo e Executivo, que já constituíram um direito derivado a prestações de saúde, tecendo a cadeia normativa regente do acesso a essas prestações e estruturando o sistema para a sua satisfação - o Sistema Único de Saúde.

1.3.2 A questão da “injustiça”

Ao problema da “intromissão” conecta-se o problema da “injustiça”. Um membro do Poder Judiciário que, em nome do direito

fundamental social à saúde, ordena ao Estado a realização de uma prestação não contemplada em políticas públicas pode ser acusado de cometer uma “injustiça”. Decisões “generosas” sobre o direito à saúde podem ser consideradas, além de “intrometidas”, “injustas”.

Parece evidente que sistemas públicos de saúde “[...] são inevitavelmente confrontados com a escassez de recursos e os resultantes desafios de ordem alocativa” (AHLERT; PFARR, 2014, p. 1). Admitida a escassez de recursos para atender as demandas por ações e serviços de saúde, surge, conseqüentemente, a necessidade de determinar os responsáveis pelo gerenciamento dos recursos e, a par disso, a de definir critérios de distribuição dos recursos existentes.

No Brasil, há um sistema organizado para satisfazer as necessidades de saúde da população: o Sistema Único de Saúde (SUS). Como componente da Seguridade Social, o SUS é financiado “[...] por toda a sociedade, de forma direta e indireta [...]”, como se extrai dos artigos 198, § 1º e 195, da Constituição (BRASIL, 1988). Disso decorre que os recursos destinados ao sistema de saúde são bens comuns, cujo cuidado é de responsabilidade de autoridades públicas, encarregadas da definição dos critérios de justiça distributiva que governarão a distribuição de tais recursos - lembre-se que a necessidade de justiça distributiva “[...] aparece somente nos casos em que uma pessoa ou um grupo controla um conjunto de bens que não lhe pertence”. (CHAFUEN, 1985, p. 20). No Brasil, as autoridades públicas encarregadas da gestão do sistema de saúde pertencem aos quadros do Poder Executivo, como já visto, conforme os artigos 8º e seguintes da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990)

Os critérios de justiça distributiva que guiam a repartição dos recursos empregados pelo Sistema Único de Saúde são dedutíveis de normas legais, aplicáveis universalmente. Grosso modo, é possível afirmar que as prestações de saúde oferecidas ao conjunto de cidadãos são aquelas constantes nas “listas do SUS” - ou seja, nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas, nas tabelas elaboradas pelos gestores do SUS, nas relações de medicamentos por eles instituídas, etc., nos termos dos artigos 19-M e seguintes da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990). Levando-se em consideração que a incorporação, a exclusão e a alteração de prestações constantes nas “listas do SUS” são efetuadas por processo administrativo, com a realização de consulta pública, é possível afirmar que a delimitação das ações e serviços de saúde disponibilizados à população é feita da forma mais transparente possível - o que é de se exigir em um sistema de saúde financiado coletivamente. (BREYER, 2009, p. 408)

Pois bem: dada a existência de um sistema preordenado à satisfação das necessidades de saúde da população - o Sistema Único de Saúde - de acordo com critérios previamente definidos de justiça distributiva, a atuação judicial que atende as necessidades de saúde de *alguns cidadãos* de acordo com *critérios outros* de justiça distributiva pode ser vista como atentatória da justiça formal. A justiça formal é “[...] um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (PERELMAN, 1996, p. 19). Ora, se um cidadão é atendido pelo sistema público de saúde de acordo com um critério “X”, tendo acesso tão somente às prestações de saúde constantes nas listas do SUS, e se outro cidadão, em virtude de uma decisão judicial, é atendido pelo sistema público de saúde de acordo com um critério “X+”, tendo acesso a quaisquer prestações de saúde indicadas para a sua situação clínica, há uma diferença na forma como os dois cidadãos são tratados, partindo-se do pressuposto de que eles são pessoas iguais - a menos que se defenda que o cidadão beneficiado por uma decisão judicial seja de outra categoria, superior à categoria do cidadão não beneficiado, o que se chocaria com o artigo 196 da Constituição, que estabelece o “[...] acesso universal e igualitário [...]” às ações e serviços de saúde. (BRASIL, 1988).

A utilização, por parte do Poder Judiciário, de critérios diferentes dos adotados pelos gestores do SUS na definição das prestações de saúde a serem outorgadas aos cidadãos indica, por si só, que a delimitação judicial do direito à saúde tem o potencial de ofender a justiça formal. Contudo, além disso, a outorga judicial de prestações de saúde pode chocar-se com uma concepção de justiça material embasada no que John Rawls chamou “princípio da diferença”, ou seja, o princípio segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas devem beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS, 2008, p. 91-101).

Nessa linha, Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira criticam o que identificam como “interpretação judicial dominante” observando o seguinte:

Está claro que uma interpretação do direito à saúde como direito ilimitado ao consumo de tecnologias em saúde, por ser faticamente impossível, pode ser alcançado apenas ao custo da *universalidade* e, conseqüentemente, da *equidade* de todo o sistema de saúde. Como não se pode dar *tudo a todos*, dá-se *tudo a alguns* e, necessariamente, *menos*, ou *nada*, a *outros*.

(FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 243)

Os autores destacam que a realocação judicial dos recursos da saúde “[...] não é totalmente aleatória, mas obedece, muitas vezes [...] a uma lógica perversa de transferência de recursos, dos mais necessitados aos mais privilegiados na sociedade”. Para eles, tendo em vista que o acesso ao Poder Judiciário ainda é restrito a parte da população, “[...] o uso da via judicial como meio para alocar recursos escassos da saúde favorece automaticamente aqueles que têm maior facilidade de acesso a essa via, geralmente provenientes das camadas mais favorecidas da população” (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 243-245).

A ideia de que a outorga judicial de prestações de saúde tende a beneficiar os setores mais privilegiados da sociedade é confirmada em alguns estudos. Em pesquisa centrada em demandas por prestações de saúde cadastradas na Justiça Comum de 1º janeiro a 31 de dezembro de 2006, movidas por pacientes que informaram residir na cidade de São Paulo, constatou-se que a população com maior poder aquisitivo era a maior beneficiária das decisões judiciais sobre direito à saúde - “Considerando apenas os estratos 1 e 2, os mais bem aquinhoados da população, a diferença entre a parcela atendida pelas ações judiciais é o dobro de sua distribuição na população geral” (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.846). A conclusão desse estudo é confirmada por outras duas pesquisas, caso se considere que o acesso a plano privado de saúde e a contratação de advogado particular indicam uma posição econômica privilegiada: pesquisa conduzida de 27 de março a 27 de abril de 2007, tendo como objeto de estudo a situação econômico-social de 160 pacientes beneficiados por uma decisão judicial favorável prolatada pelo Poder Judiciário de São Paulo, revelou que mais de 60% desses pacientes embasaram seus pedidos em prescrições médicas provenientes de atendimento por plano privado de saúde, e que mais de 60% das demandas eram movidas por advogados contratados (SILVA; TERRAZAS, 2011, *passim*); no mesmo sentido, pesquisa sobre 827 processos judiciais com 1.777 pedidos de medicamentos, feitos de 2005 a 2006 no Estado de Minas Gerais, verificou que mais de 70% dos autores foram atendidos por planos privados de saúde e que mais de 60% deles foram representados por advogados contratados.

De todo modo, mesmo que se considerem insuficientes os indícios de que a outorga de prestações de saúde pelo Poder Judiciário beneficia os setores mais privilegiados da população, o risco de ofensa à justiça formal permanece. A simples possibilidade de utilização de critérios diferentes para definir o acesso a ações e serviços de saúde - um aplicado pelos gestores do SUS e outro aplicado pelos juízes - é

suficiente para que se lance sobre a delimitação judicial do direito à saúde a suspeita da injustiça.

2 UM REFERENCIAL: O MODELO TEÓRICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

A exposição feita na primeira seção procurou assentar três pontos: 1) há diversos entendimentos acerca do conjunto de prestações garantidas pelo direito fundamental social à saúde, enquanto direito originário a prestações extraível diretamente da Constituição brasileira; 2) há decisões do Supremo Tribunal Federal que, pelo que se pode delas depreender, reconhecem no direito fundamental social à saúde a propriedade de garantir um conjunto tendencialmente ilimitado de prestações, independentemente de previsão legislativa, muito embora haja decisão em sentido contrário; e 3) há indícios de que a concepção jurisprudencial majoritária acerca do direito fundamental social à saúde é aquela que lhe confere a propriedade de garantir um conjunto ilimitado de prestações, sendo essa concepção questionável, por possibilitar uma “intromissão” do Poder Judiciário em atribuições dos outros poderes e por possibilitar o cometimento de “injustiças”, na medida em que os pacientes beneficiados pela outorga judicial de prestações de saúde recebem tratamento diferente daqueles não beneficiados.

A indicação desses três pontos seria suficiente se este trabalho adotasse uma perspectiva realista. Se assim fosse, partir-se-ia do pressuposto de que o Direito consiste eminentemente em decisões prolatadas por membros do Poder Judiciário, de forma que a pesquisa jurídica se reduziria a descrevê-las e a analisá-las. A esta altura do trabalho, uma conclusão já poderia ser esboçada, mais ou menos nos seguintes termos: “no Brasil, o direito fundamental social à saúde, tão só pelo fato de estar previsto no texto constitucional, garante a todo e qualquer cidadão um conjunto indeterminado de prestações, tendo uma amplitude prestacional em grau máximo, *pois, ao que tudo indica, assim vêm decidindo os tribunais*”. Essa conclusão acima delineada seria satisfatória para um advogado interessado em avaliar as chances de sucesso de uma demanda na qual se requeresse, contra um ente público, uma prestação qualquer na área da saúde - o fornecimento de um medicamento, por exemplo.

No entanto, os riscos da delimitação judicial do direito à saúde convidam à reflexão. Ora, nada impede que ao menos se faça uma especulação sobre a adoção de uma perspectiva teórica que minore os riscos associados à outorga judicial de prestações de saúde, aqui nominados “intromissão” e “injustiça”. Neste trabalho, escolheu-se o modelo teórico de direitos fundamentais elaborado por Robert Alexy para guiar essa atividade de especulação.

Por que o modelo teórico de Robert Alexy? Porque a posição por ele defendida parece possibilitar uma ponderação adequada entre os interesses ligados à satisfação do direito à saúde e os interesses colidentes, evitando, assim, os efeitos negativos das posições que predefinem as prestações de saúde juridicamente exigíveis, ou seja, aquelas que reconhecem no direito à saúde, enquanto direito extraído diretamente da Constituição, ou uma amplitude prestacional em grau máximo (todas as prestações são garantidas), ou uma amplitude prestacional em grau mínimo (há um elenco de prestações garantidas), ou, ainda, uma amplitude prestacional em grau zero (nenhuma prestação é garantida). O modelo teórico de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais, aplicado ao direito fundamental social à saúde, asseguraria a este uma amplitude prestacional em grau variável, de maneira que o conjunto de prestações de saúde garantidas seria ajustável de acordo com o caso concreto.

Seguindo a ideia de que o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy pode solucionar o problema da determinação do conteúdo dos direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet opina no sentido de que “O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos [...] talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta”. O autor considera positivo que o modelo ponderativo remeta “[...] para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto [...]”, haja vista que, no tocante ao conteúdo dos direitos subjetivos prestacionais, não seria possível estabelecer “[...] uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios [...]” (SARLET, 2011, p. 349). Luís Roberto Barroso também defende a adoção do modelo ponderativo de Robert Alexy, em estudo no qual fixa parâmetros para a atuação judicial em demandas por fornecimento gratuito de medicamentos (BARROSO, 2008, p. 877-883). Alia-se a esses autores o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, observou que a abordagem dos direitos sociais envolve juízos de ponderação, na linha seguida por Robert Alexy, que teria constatado “[...] a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais”. (BRASIL, 2010b)

A adoção do modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy por parte dos doutrinadores acima mencionados testemunha o prestígio de tal modelo. Dado o prestígio desse modelo, justifica-se tomá-lo como referencial na busca de uma solução para o problema da delimitação judicial do direito prestacional originário à saúde. Sendo

assim, o modelo de Robert Alexy deve ser testado, mas, antes de mais nada, compreendido, mediante a exposição de seus principais elementos.

Esta segunda seção dedicar-se-á justamente à exposição dos principais elementos do modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy. Inicialmente, tratar-se-á da importância da argumentação jurídica para as teses sobre direitos fundamentais desenvolvidas pelo autor, explicando-se como, na concepção por ele defendida, articula-se o discurso jurídico com o discurso prático geral. Abordar-se-á também a questão específica da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais e serão listadas as regras e formas do discurso prático geral e as regras e formas do discurso jurídico, demonstrando-se a coincidência estrutural entre elas.

Na sequência, serão tratados alguns aspectos destacados da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, cuja base é a teoria dos princípios. Serão expostos os principais pontos de determinadas teses defendidas pelo autor, como o seu conceito de norma de direito fundamental, a sua ideia de que direitos fundamentais constituem princípios ou mandamentos de otimização, os critérios por ele definidos para resolver o problema da colisão entre direitos fundamentais e a maneira como ele encara a questão da determinação do suporte fático dos direitos fundamentais, diretamente associada à questão da restrição aos direitos fundamentais.

Por último, tratar-se-á das condições que, segundo Robert Alexy, devem ser preenchidas para que se reconheça a existência de um direito fundamental social definitivo, categoria na qual se enquadraria o direito à saúde merecedor de outorga judicial. Será feito um resumo sobre o “modelo de direitos fundamentais sociais” traçado por Robert Alexy, falando-se também sobre a incidência dos chamados princípios formais, que ocorre nos casos em que a aplicação do modelo não indica nem a existência nem a inexistência de um direito prestacional a ser efetivado por decisão do Poder Judiciário.

2.1 IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXY

O modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy não pode ser compreendido adequadamente sem que se tenha em mente a importância dada pelo autor ao tema da argumentação jurídica. Essa importância é demonstrada em vários trechos da “Teoria dos direitos fundamentais” e testemunhada pela edição da “Teoria da argumentação jurídica”, na qual, como o próprio subtítulo revela, Robert Alexy elabora

uma teoria da fundamentação jurídica a partir da teoria do discurso racional.

Na “Teoria da argumentação jurídica”, Robert Alexy afirma que, nos casos em que a decisão judicial de um caso singular não deriva de premissas já conhecidas, sobra para o intérprete “[...] um campo de ação em que se tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados de sistemas jurídicos não determinados ulteriormente”. Ao escolher entre várias soluções para emitir a sua decisão, o intérprete prefere um determinado estado de coisas a outro estado de coisas, perfazendo uma valoração ou juízo de valor. (ALEXY, 2011, p. 22-23).

Considerando a presença de valorações nas decisões judiciais, Robert Alexy propõe-se, na “Teoria da argumentação jurídica”, a fazer algo mais do que constatar a ocorrência do fenômeno. Assim, o objeto central do exame realizado na obra é responder às seguintes perguntas: “[...] (1) onde e em que medida são necessárias valorações, (2) como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como ‘especificamente jurídicos’ e (3) se tais valorações são passíveis de fundamentação racional [...]”. Para tanto, o autor aproveita contribuições “[...] das modernas discussões éticas da Filosofia da Linguagem contemporânea, assim como da Teoria da Argumentação que se está desenvolvendo [...]”, e, a partir delas, elabora o esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, dotadas das regras e formas do discurso prático geral, e uma teoria da argumentação jurídica, dotada das regras e formas do discurso jurídico. (ALEXY, 2011, p. 24, 30, 186-203, 219-278)

É possível dizer que a meta de Robert Alexy, ao construir a sua “Teoria da argumentação jurídica”, é montar um esquema a partir do qual se possa aferir a fundamentabilidade racional dos juízos de valor juridicamente relevantes, formulando regras aptas à realização dessa operação. Isso seria possível ao se levar em conta que a emissão de juízos de valor contém em si uma pretensão de correção - “Quem afirma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente”. Desta forma, uma vez aceita a inevitabilidade de valorações, nos casos em que a solução a ser dada não se segue logicamente de normas jurídicas tidas como vigentes, “[...] o aplicador se *deve* orientar em um sentido juridicamente relevante de acordo com valorações moralmente corretas”. (ALEXY, 2011, p. 130 e 26)

Reconhecer a fundamentabilidade racional de valorações, em consonância com as regras e formas do discurso prático geral e as regras

e formas do discurso jurídico, implica afastar a aceitabilidade de decisões judiciais arbitrárias. Robert Alexy deixa isso claro ao ressaltar as diferenças entre o seu posicionamento e o posicionamento que, segundo ele, seria defendido por Hans Kelsen:

Segundo Kelsen, por exemplo, a Ciência do Direito deve-se limitar ao conhecimento e descrição das normas jurídico-positivas (confira H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. ed., Viena, 1960, p. 72 ss.). A tarefa da Ciência do Direito é a “descrição avaliativa” do Direito válido (ibid., p. 84). Kelsen assevera que uma norma jurídica pode gerar, para cada caso, uma decisão equivocada, devido à vagueza das expressões utilizadas para sua formulação. Porém, a tarefa da Ciência do Direito deve limitar-se, quando se apresentam casos duvidosos, à elaboração dos diversos significados possíveis (ibid., p. 353 s.). A opção por uma das várias decisões possíveis deve ficar reservada à “interpretação autêntica” do juiz (ibid., p. 242 ss., 350 s.). A concepção de Kelsen se baseia na convicção de que os juízos de valor e de dever não são suscetíveis de verdade ou fundamentáveis racionalmente, por isso, não podem ser objeto de tratamento científico. A tese deste livro [Teoria da argumentação jurídica] é de que esta última afirmação não é acertada, e, apenas no caso de que esta tese seja sustentável, está justificado utilizar o conceito amplo, mencionado acima, de Ciência do Direito. (ALEXY, 2011, p. 211)

Na “Teoria pura do direito”, Hans Kelsen afirma que se deve abandonar a pretensão de fixar uma interpretação “correta” de uma norma jurídica, haja vista que a interpretação jurídico-científica “[...] não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”. A interpretação autêntica das normas jurídicas seria aquela realizada pelos órgãos de aplicação do Direito, constituindo-se em um ato de vontade, e não em um ato de conhecimento; assim, a interpretação de uma lei, longe de levar a um resultado unívoco, conduziria a várias soluções possíveis, dentre as quais uma se tornaria Direito positivo graças a uma seleção feita por um juiz ou tribunal. Ou seja: a valoração feita pelo órgão aplicador do Direito, ao interpretar a norma, constituiria o Direito positivo não por ser a interpretação correta, mas simplesmente por ser a interpretação

realizada pelo órgão encarregado de produzir normas jurídicas. A questão da interpretação “correta” das normas jurídicas, segundo Hans Kelsen, não é um problema do Direito; qualquer atividade cognoscitiva que ultrapasse a tarefa de meramente estabelecer a moldura que contenha as significações possíveis da norma jurídica seria regida por normas de outros campos - “[...] normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”. (KELSEN, 1998, p. 390-397)

Ora, Robert Alexy volta-se contra a ideia de que o estabelecimento de uma interpretação correta não é um problema do Direito. Para ele, no discurso jurídico também se formula uma pretensão de correção, de forma que é exigível a fundamentabilidade racional das valorações realizadas pelos órgãos de aplicação do Direito. Isso implica - como antevisto por Hans Kelsen - que o discurso jurídico deve ter seu acerto verificado de acordo com regras que não pertencem ao campo estritamente jurídico, relacionando-se esse discurso ao gênero chamado “discurso prático geral”, que combina pontos de vista “[...] da conveniência ou utilidade, do valor ou identidade e da moralidade ou justiça”. (ALEXY, 2014, p. 98)

2.1.1 A tese do caso especial

A perspectiva teórica de Robert Alexy defende a possibilidade de se verificar a correção das valorações realizadas no discurso jurídico, nos casos em que não se pode extrair uma resposta determinada do material normativo disponível. Sendo as valorações um sintoma da insuficiência do sistema jurídico, por óbvio que não é neste sistema que se encontram os critérios para avaliar a correção delas; assim, a avaliação acerca da correção das valorações exige uma articulação entre o discurso jurídico e o seu *genus proximum*, o discurso prático geral, de forma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

De acordo com Robert Alexy, o discurso prático geral refere-se a questões acerca do que é comandado, proibido ou permitido, tratando-as sob o prisma da pretensão de correção. Essa pretensão de correção poderia ser satisfeita mediante a exigência de fundamentações sucessivas para os enunciados normativos: por exemplo, quem diz que “‘A’ agiu mal”, porque “‘A’ mentiu”, fundamenta-se em uma regra que estipula algo como “mentir é errado”; esta última regra, por sua vez, deve ser fundamentada em uma regra segundo a qual “a mentira dá

origem a sofrimento evitável”, que presume a existência de outra regra, que estabelece algo como “aquilo que dá origem a sofrimento evitável é ruim”, regra esta que, como as suas antecedentes, deve ser fundamentada em outra regra de nível superior, e assim sucessiva e indefinidamente. Ora, parece claro que a exigência de apresentação de razões para os enunciados normativos redundaria em um regresso ao infinito que só pode ser evitado “[...] se a fundamentação é interrompida e substituída por uma resolução que não será mais fundamentada”, o que seria contraditório com a própria exigência de fundamentação. (ALEXY, 2014, p. 39)

Robert Alexy considera que o dilema acima referido - a inviabilidade da exigência de fundamentações sucessivas para os enunciados normativos - pode ser evitado “[...] quando a exigência para se continuar a fundamentação de todo enunciado através de outro enunciado é substituída por uma linha de exigências sobre a atividade de fundamentação”. Essas exigências, segundo ele, “[...] podem ser formuladas como regras e formas do discurso racional [...]” que se referem “[...] não só, como as regras da lógica, a enunciados, mas também, além disso, ao comportamento do falante” (ALEXY, 2014, p. 40). Essas regras e formas constituem “[...] um certo código da razão prática”, cujo cumprimento “[...] certamente não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza o resultado como racional”. (ALEXY, 2011, p. 32 e 179). Em suma: para Robert Alexy, a fundamentação de enunciados normativos deve-se guiar por um procedimento consubstanciado em um certo código da razão prática. Isso revela que, para ele, a pretensão de correção satisfaz-se pela obediência a um procedimento, de forma que uma norma é correta se é fundamentada procedimentalmente - “De acordo com a teoria do discurso, como eu a concebo, uma norma é correta quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o procedimento do discurso racional” (ALEXY, 2014, p. 76). Para Robert Alexy, portanto, embora a adoção das regras discursivas “[...] não garanta a bondade dos argumentos, ou mesmo do próprio acordo, garante sim a *correção* ou racionalidade do mesmo”. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 109)

O discurso prático geral, de acordo com a proposta de Robert Alexy, avalia a correção de enunciados normativos seguindo determinadas regras procedimentais, que dizem respeito inclusive ao comportamento dos participantes do discurso. Tais regras procedimentais, por sua própria natureza, não definiriam o conteúdo dos argumentos utilizados no discurso, dado que “O ponto de partida do discurso é formado pelas convicções normativas, interesses e

interpretações de necessidades dadas (isto é, existentes faticamente), assim como pelas informações empíricas dos participantes” (ALEXY, 2011, p. 33). Assim, no discurso prático geral poderiam ser levantados argumentos de várias espécies.

Robert Alexy, ao tratar do conceito de discurso prático geral, afirma que esse discurso compreenderia argumentos morais, éticos e pragmáticos, considerando-se que “[...] frequentemente uma argumentação puramente moral, ou seja, uma argumentação que considera somente aquilo que é ‘igualmente bom para todos os seres humanos’, não é suficiente para dar resposta a uma questão prática [...]”. Para ele, em muitos casos a resposta para uma questão prática, ou seja, para “[...] uma questão que diz respeito àquilo que deve ser feito ou omitido [...]”, requer o recurso a argumentos pragmáticos e éticos. A dimensão pragmática englobaria a “[...] a consideração da relação entre meios e fins, bem como a relação entre objetivos”, de maneira que a conveniência seria “[...] um elemento necessário do discurso prático racional”. Contudo, tendo em vista que, com frequência, “[...] a justiça, compreendida como ser bom para todos, e a conveniência, mesmo se tomadas em conjunto, não são suficientes para se decidir uma questão prática [...]”, faz-se necessário, na opinião de Robert Alexy, adentrar a dimensão ética, “[...] a fim de se realizar uma atribuição racional de pesos aos objetivos conflitantes, ‘à luz de preferências de valor aceitas’”. (ALEXY, 2014, p. 97)

Conjugando argumentos morais, éticos e pragmáticos, o discurso prático geral, segundo Robert Alexy, “[...] é, em suma, um discurso que combina os pontos de vista da conveniência ou utilidade, do valor ou identidade e da moralidade ou justiça” (ALEXY, 2014, p. 98). Essa definição de discurso prático geral gera repercussões evidentes no discurso jurídico, se este é tomado como um caso especial daquele: os pontos de vista da conveniência ou utilidade, do valor ou identidade e da moralidade ou justiça passam a habitar as discussões jurídicas, quebrando a autonomia do Direito. Sobre isso, vejam-se os comentários de Rodolfo Vigo:

Com essa amplitude e confiança em uma razão discursiva ou dialógica “reabilitada”, o saber jurídico deixa de manter-se em silêncio ou de recorrer à irracionalidade quando surge a pergunta sobre o valioso, o justo ou o juridicamente correto. O jurista já não pode operar ou compreender integralmente o direito se o “purifica” da moral, haja vista que a proposta

afirma a conexão conceitual e necessária entre direito e moral. Paradigmaticamente podemos dizer que os juristas, além dos caminhos ensinados por Aristóteles do bem e da virtude, por Nietzsche do poder e do engano, por Bentham do utilitarismo, pelo cientificismo ou pelo logicismo do Círculo de Viena, ou pelo relativismo neopragmatista de Rorty, também contam com a opção de Habermas e Apel que ratificam sua confiança na razão prática propondo um novo caminho pragmático universal ou transcendental, caminho a que adere Alexy e que lhe permite orientar procedimentalmente a razão prática postulando racionalidade nas decisões e normas jurídicas.¹⁵ (, p. 206-207, tradução nossa)

A tese do caso especial, defendida por Robert Alexy, baseia-se na ideia de que a discussão jurídica sofre limitações que não condicionam a argumentação prática geral. Em decorrência disso, os dois discursos teriam pretensões de correção diferentes: o discurso jurídico, ao contrário do discurso prático geral, não se ocuparia “[...] daquilo que é absolutamente correto, mas daquilo que é correto no contexto de um ordenamento jurídico validamente existente e com base nele”, de forma que a argumentação jurídica estaria “[...] vinculada às leis e aos precedentes [...]”, tendo ainda que “[...] observar o sistema jurídico elaborado pela dogmática jurídica” (ALEXY, 2014, p. 92-93).

Muito embora tenham pretensões de correção diferentes, o discurso prático geral e o discurso jurídico estariam integrados nos

¹⁵ Con esa amplitud y confianza en una razón discursiva o dialógica “rehabilitada”, el saber jurídico deja de mantenerse en silencio o de convocar a la irracionalidad cuando surge la pregunta por lo valioso, lo justo o lo correcto jurídicamente. El jurista ya no puede operar o comprender integralmente al derecho si lo “purifica” de la moral, atento a que la propuesta afirma la conexión conceptual y necesaria entre derecho y moral. Paradigmáticamente podemos decir que los juristas, además de los caminos enseñados por Aristóteles del bien y la virtud, por Nietzsche del poder y el engaño, por Bentham del utilitarismo, por el cientificismo o el logicismo del Círculo de Viena, o por el relativismo neopragmatista de Rorty, también cuentan con la opción de Habermas y Apel que ratifican su confianza en la razón práctica proponiendo un nuevo camino pragmático universal o trascendental, camino al que adhiere Alexy y que le permite orientar procedimentalmente a la razón práctica postulando racionalidad en las decisiones y normas jurídicas. (VIGO, p. 206-207)

termos da “tese da integração”. Segundo a tese da integração, “[...] o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais” (ALEXY, 2011, p. 35). Assim, haveria uma relação inextricável entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. Se assim é, a fundamentação de enunciados normativos no campo do Direito exige a observância do “código da razão prática”, composto pelas regras e formas do discurso prático racional. Como bem observado por Luiz Henrique Cademartori e Francisco Carlos Duarte, Robert Alexy, “[...] ao derivar o discurso jurídico do discurso prático geral [...]”, faz com que valham também para o campo do Direito “[...] os parâmetros norteadores da veracidade dos fatos advindos da razão prática [...]”. (2009, p. 110)

2.1.2 Enumeração das regras e formas do discurso prático geral e das regras e formas do discurso jurídico

Robert Alexy apresenta uma série de regras e formas que devem ser seguidas no discurso prático geral para que a pretensão de correção nele formulada seja satisfeita. Tais regras e formas compõem o núcleo de uma Teoria do Discurso Prático Racional Geral, que seria o resultado de discussões sobre uma série de teorias acerca do problema da fundamentabilidade racional de enunciados normativos, passando pelo campo da Ética Analítica, de Stevenson, Hare, Toulmin e Baier, pela Teoria Consensual da Verdade de Habermas e pela Teoria da Argumentação de Perelman. (ALEXY, 2011, p. 32)

As regras e formas do discurso prático geral são divididas em seis grupos: regras fundamentais, regras da razão, regras do ônus da argumentação, formas de argumento, regras de fundamentação e regras de transição. Para Robert Alexy, “Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’”. (2011, p. 285-289).

O discurso jurídico, como caso especial do discurso prático geral, partilharia com este a pretensão de correção. Contudo, enquanto no discurso prático geral a pretensão de correção concerniria à racionalidade das proposições normativas, no discurso jurídico ela se restringiria à fundamentação racional das proposições normativas *em um determinado ordenamento jurídico vigente* (ALEXY, 2011, p. 217). Assim, a argumentação jurídica sofreria limitações inexistentes na argumentação prática geral, submetendo-se a regras e formas que lhe seriam próprias, divididas em dois grupos: regras e formas da justificação interna e regras e formas da justificação externa.

Segundo Robert Alexy, as regras e formas do discurso prático geral e as regras e formas do discurso jurídico seriam estruturalmente coincidentes, o que demonstraria a conexão do discurso jurídico com o discurso prático geral, apesar das peculiaridades verificadas no primeiro. Isso implica reconhecer que a argumentação jurídica é normalmente dependente da argumentação prática geral, o que, em última análise, significa a quebra da autonomia do campo jurídico em relação a outros campos, como o da moral.

2.1.2.1 Lista das regras e formas do discurso prático geral

As regras e formas do discurso prático geral mencionadas por Robert Alexy são vinte e oito - vinte e duas regras e seis formas de argumento. Tais regras e formas delineiam um procedimento que, uma vez observado, atenderia à pretensão de correção do discurso prático geral, lembrando-se que, para Robert Alexy, de acordo com a teoria do discurso [...] uma norma é correta quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o procedimento do discurso racional”.¹⁶ (ALEXY, 2014, p. 76)

Pois bem: passe-se então à enumeração das regras e formas do discurso prático geral, começando pelo grupo das regras fundamentais, cuja validade “[...] é condição de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou correção”. A primeira delas diz que “(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se”, sendo uma expressão das regras da lógica, que também seriam aplicáveis a afirmações normativas. A segunda regra fundamental reza que “(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio acredita”, e tem por fito assegurar a sinceridade da discussão, haja vista que, sem essa regra, “[...] não seria possível sequer mentir, pois, se não se pressupõe nenhuma regra que exija sinceridade, não é concebível o engano; [...]”. A terceira regra estabelece que “(1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes”;

¹⁶ Contra essa ideia podem ser levantadas as seguintes críticas: Alexy faz valer para as regras do discurso um conceito de correção que não resulta suficiente para a definição do conceito (1); não existe a equivalência entre o juízo segundo o qual “a norma *N* é correta” e o juízo segundo o qual “a norma *N* pode ser o resultado de um procedimento *P*” (2); a circunstância de uma norma *N* poder ser resultante de um procedimento *P* não é um critério administrável de correção (3). (AMANDI, 2012, p. 241)

aplicada a expressões valorativas, adota esta forma: “(1.3’) Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes”, constituindo “[...] uma formulação do princípio de universalidade de Hare”, princípio este que, basicamente, estabelece que uma pessoa somente pode exigir dos outros um determinado comportamento se aceitar seguir esse mesmo comportamento estando na posição do exigidos. A quarta regra fundamental, por sua vez, diz que “(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”, e procura criar uma “[...] uma comunidade de uso da linguagem”, essencial para o sucesso de qualquer empreitada argumentativa. (ALEXY, 2011, p. 73-84 e 187-190)

O segundo grupo das regras e formas do discurso prático geral é o grupo das regras de razão, que tratam da fundamentabilidade dos juízos de valor e de dever. Para Robert Alexy, a pretensão de fundamentabilidade de tais juízos “[...] não tem como conteúdo que o próprio falante seja capaz de dar uma fundamentação”, sendo suficiente “[...] que se refira à capacidade de fundamentação de pessoas determinadas ou determináveis”. Ele salienta que o falante, quando solicitado, tem a obrigação de fundamentar; caso se negue a fundamentar, deve ao menos apresentar as razões de sua recusa. Essa ideia é expressa pela regra geral de fundamentação: “(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”. A essa regra geral juntam-se três outras regras, que “[...] correspondem às condições da situação ideal de fala elaboradas por Habermas [...]”. A primeira delas refere-se à participação em discursos, tendo o seguinte conteúdo: “(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso”. A segunda regra disciplina a liberdade de discussão, desdobrando-se em três exigências: “(2.2) (a) Toda pessoa pode problematizar qualquer asserção; (b) Todos podem produzir qualquer asserção no discurso; e (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades”. A terceira regra de razão tem a finalidade de proteger o discurso da coerção, estabelecendo que “(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso”. As regras de razão, em seu conjunto, “Definem um *ideal* de que se deve aproximar por meio da prática e de medidas organizacionais”. (ALEXY, 2011, p. 190-193)

O terceiro grupo é o das regras sobre a carga da argumentação, que visam a evitar que a ampla possibilidade de problematizar as asserções postas pelos falantes leve ao bloqueio da discussão. A

primeira regra decorre conjuntamente do princípio de universalidade (1.3') e da regra geral de fundamentação (2) e exige que “(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo”. A segunda regra afirma que o questionamento de uma proposição ou de uma norma faticamente pressuposta como verdadeira ou como válida na comunidade dos falantes só pode ser feito caso se aponte uma razão para isso, sendo expressa da seguinte maneira: “(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso”. A terceira regra sobre a carga da argumentação tem o objetivo de regular a exigência de argumentos no discurso por parte dos falantes, enunciando que “(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos”. Por fim, a quarta regra tem por finalidade disciplinar a introdução no discurso de asserções, opiniões, desejos e necessidades, rezando que “(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação”. (ALEXY, 2011, p. 193-195)

O quarto grupo é o das formas de argumento características de discursos práticos. Robert Alexy considera que o objeto imediato do discurso prático são as proposições normativas singulares (N), as quais podem ser fundamentadas de dois modos: o primeiro, referindo-se a uma regra (R) pressuposta como válida e que incide uma vez cumpridas as suas condições de aplicação, descritas por um enunciado tido como verdadeiro (T); o segundo, indicando-se as consequências (F) de seguir no imperativo implicando N, pressupondo-se a existência de uma regra (R) segundo a qual a produção dessas consequências é obrigatória ou é boa. Assim, podem-se distinguir as seguintes formas de argumento:

$$(4.1) \begin{array}{c} T \\ \underline{R} \\ N \end{array}$$

$$(4.2) \begin{array}{c} F \\ \underline{R} \\ N \end{array}$$

Robert Alexy destaca que a regra *R* pode justificar-se “[...] apontando o estado de coisas que se dá se *R* tem vigência (*Zr*) [...]”, contrastando-o com o estado de coisas existente quando *R* não tem vigência, ou “[...] apontando o estado de coisas futuro que se produzirá se se segue *R* (*Zf*)”. Em ambos os casos, o autor considera que “[...] está justificado, por razões de simplificação [...] falar de *consequências*

da regra R (Fr)". Ora, sendo R justificada pelas consequências (Fr), é possível indicar uma regra de segundo nível (R') segundo a qual Fr é uma razão para R , haja vista que "[...] a indicação de uma razão para uma asserção pressupõe uma regra que diz que a razão indicada é uma razão para essa asserção". A par disso, Robert Alexy considera que "[...] também é possível indicar uma regra adicional R' que exija R sob uma condição T' que não pode classificar-se como uma consequência de R ". Haveria, destarte, duas formas de argumento de segundo nível:

$$(4.3) \begin{array}{c} Fr \\ \frac{R'}{R} \end{array}$$

$$(4.2) \begin{array}{c} T' \\ \frac{R'}{R} \end{array}$$

As formas de argumento de segundo nível revelam que, assim como as proposições normativas singulares podem ser fundamentadas pela referência a uma regra (R) ou pela indicação das consequências de sua adoção (F), as próprias regras podem ser fundamentadas da mesma maneira: pela referência ao estado de coisas derivado da observância delas (Fr), sob o influxo de uma regra de segundo nível (R') que diz que Fr é uma razão para R , ou pela indicação de uma condição T' que, segundo uma regra R' , exige a aplicação de R - " T' pode ser, por exemplo, a indicação, relevante moralmente, de que uma determinada regra foi estabelecida de uma determinada maneira". (ALEXY, 2011, p. 195-197)

Robert Alexy alerta para o fato de que, nas formas de argumento acima mencionadas, a "[...] aplicação de uma regra conduz, em cada caso, a *um* resultado", observando que "[...] regras diferentes podem levar a resultados incompatíveis entre si em fundamentações da mesma forma ou em fundamentações de formas diferentes". Nas situações em que a aplicação de regras diferentes leva a resultados incompatíveis entre si, "[...] deve-se decidir qual fundamentação tem prioridade", de acordo com *regras de prioridade*. Segundo o autor, existem regras de prioridade que prescrevem a precedência de determinadas regras sobre outras incondicionalmente, e regras de prioridade que prescrevem a precedência de determinadas regras sobre outras somente em determinadas condições (C). As regras de prioridade podem ser expressas de duas formas, empregando-se " P " como símbolo de uma relação de preferência entre duas regras:

$$(4.5) R_i P R_k \text{ ou } R'_i P R'_k$$

$$(4.6) (R_i P R_k) C \text{ ou } (R'_i P R'_k) C$$

Robert Alexy acrescenta que as regras de prioridade podem ser justificadas por conta das consequências decorrentes da aplicação delas, consequências estas tidas como razões suficientes para essa mesma aplicação por uma regra de segundo nível (4.3), ou por conta da existência de uma condição que exija a aplicação delas, condição esta tida como razão suficiente para essa mesma aplicação por uma regra de segundo nível (4.4). Ele aduz ainda, sem aprofundar a ideia, que no caso de conflitos entre regras de prioridade, devem ser aplicadas regras de prioridade de segundo nível. (ALEXY, 2011, p. 195-199)

Listadas as formas de argumento, passe-se agora à abordagem do quinto grupo das regras e formas do discurso prático geral, que é o grupo das regras de fundamentação. Robert Alexy destaca que com as formas de argumento “[...] pode-se justificar qualquer proposição normativa e qualquer regra”, motivo pelo qual seria necessário “[...] continuar a busca de regras para as fundamentações efetuadas com estas formas”. As primeiras regras de fundamentação seriam variantes do princípio da generalizabilidade: a primeira enuncia que “(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas”, e tem em vista as concepções normativas de cada falante; a segunda regra afirma que “(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos”, referindo-se às opiniões comuns obtidas no discurso; por sua vez, a terceira regra estabelece que “(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral”, e pode ser considerada uma concreção da regra fundamental que exige a sinceridade no discurso (1.2). Essas três regras de fundamentação, para Robert Alexy, não são suficientes para garantir um acordo racional, razão pela qual devem-se formular regras adicionais que o possibilitem, com a transformação das concepções incompatíveis existentes mediante a reconstrução, pelos participantes do discurso, do sistema de regras morais. A primeira dessas regras dispõe o seguinte: “(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica”, sendo que uma regra moral não resiste a essa comprovação “a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes”. A prova da formação histórico-social das normas invocadas pelos participantes do discurso “[...] deve ser completada com uma prova do desenvolvimento

individual das opiniões normativas”, exigindo-se outra regra: “(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual”, sendo que uma regra moral não resiste a essa comprovação “[...] se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis”, dentre as quais estariam, segundo Robert Alexy, “[...] as condições de socialização que levam a que o interessado não esteja disposto a, ou não possa tomar parte no discurso”. A última regra de fundamentação expressa a finalidade do discurso prático - a resolução de questões práticas realmente existentes - e determina que “(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados”. (ALEXY, 2011, p. 199-203)

O sexto e último grupo das regras e formas do discurso prático geral é o grupo das regras de transição, que visa a solucionar problemas que emergem nos discursos práticos mas que não podem ser resolvidos com os meios da argumentação prática. A primeira regra, referente a questões de fato, estabelece que “(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico)”; a segunda, direcionada à resolução de problemas linguísticos, afirma que “(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem”; e a terceira refere-se à própria discussão prática e enuncia que “(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso”. (ALEXY, 2011, p. 203)

As regras e formas do discurso prático geral desenham o procedimento a ser seguido para que a pretensão de correção no discurso prático geral seja atendida. Mesmo que tais regras e formas sejam integralmente observadas, não se pode eliminar a possibilidade da fundamentação discursiva de duas proposições normativas ou de duas regras incompatíveis entre si. Por esse motivo, são necessárias regras que levem a uma decisão em favor de uma ou de outra solução contraditória discursivamente possível, como são, por exemplo, “[...] as regras emanadas do Poder Legislativo, as quais se apoiam no princípio de representação e de maioria [...]” e “[...] as regras jurídicas estabelecidas por meio de procedimentos regulados por elas”. A inexistência de regras que estabeleçam critérios de decisão entre opções excludentes mas discursivamente possíveis é uma limitação do discurso prático geral, a ser suprida pelo discurso jurídico, dotado de regras e formas que lhe são próprias. (ALEXY, 2011, p. 204-205)

2.1.2.2 Lista das regras e formas do discurso jurídico

Robert Alexy defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, com este partilhando a pretensão de correção e a abordagem de questões práticas, ou seja, de questões concernentes àquilo que é comandado, proibido ou permitido. Contudo, a pretensão de correção do discurso jurídico seria diferente da pretensão de correção do discurso prático geral, haja vista que ela não trataria daquilo que é absolutamente correto, e sim daquilo que é correto em um determinado ordenamento jurídico existente. Essa diferença na pretensão de correção reflete-se na elaboração de regras e formas específicas do discurso jurídico.

Para Robert Alexy, os discursos jurídicos tratam da justificação de decisões judiciais, que representam um caso especial de proposições normativas. Essa justificação, segundo ele, pode ser de dois tipos: a justificação interna, na qual se perquire se a decisão deriva logicamente das premissas expostas como fundamentação, e a justificação externa, na qual se avalia a correção dessas premissas. (ALEXY, 2011, p. 220)

Passe-se então ao arrolamento das regras e formas do discurso jurídico, começando pelas regras e formas atinentes à justificação interna. Para Robert Alexy, a forma mais simples de justificação interna pode ser representada da maneira que segue abaixo, sendo “x” “[...] uma variável de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas [...]”, “a” “[...] uma constante de indivíduo, por exemplo, um nome próprio [...]”, “T” “[...] um predicado que representa a suposição de fato da norma (1) enquanto propriedade de pessoas [...]” e “R” “[...] um predicado que expressa o que tem de fazer o destinatário da norma [...]”:

$$\begin{aligned}
 & \text{(J.1.1) } .(1) (x) (Tx \rightarrow ORx) \\
 & \quad .(2) Ta \\
 & \quad (3) ORa \qquad (1), (2)
 \end{aligned}$$

Um exemplo de utilização dessa forma de justificação seria o seguinte raciocínio: existente uma lei estabelecendo que “O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço” e sendo o senhor M um soldado, justifica-se uma proposição normativa enunciando que “O Senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço”. (ALEXY, 2011, p. 220)

A forma de justificação interna acima mencionada (J.1.1) baseia-se no princípio da universalidade, ao exigir que uma decisão jurídica seja logicamente derivada de uma regra preexistente. Como concreção

do princípio da universalidade expressado por essa forma de justificação, Robert Alexy afirma que podem formular-se as seguintes regras da justificação interna: “(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal” e “(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições”. O autor alerta que tais regras, juntamente com o princípio da universalidade, não estabelecem o conteúdo da norma universal e tampouco afastam a possibilidade de introdução de uma cláusula de exceção - que, de todo modo, deve valer universalmente uma vez adotada. Aduz também que é fundamental que tais regras “[...] valham tanto nos casos em que se pode utilizar para fundamentação uma norma do direito positivo, como também nos casos em que não haja tal norma no direito positivo”, hipótese na qual a norma deverá ser construída pelo aplicador. (ALEXY, 2011, p. 221)

Elaboradas essas regras da justificação interna, Robert Alexy lembra que o esquema de fundamentação silogístico retratado em J.1.1 é insuficiente em casos complicados, que ocorrem quando uma norma “[...] contém diversas propriedades alternativas do fato hipotético [...]”, quando a aplicação da norma “[...] exige um complemento por meio de normas jurídicas explicativas, limitativas ou extensivas [...]”, quando da aplicação da norma “[...] são possíveis diversas consequências jurídicas [...]”, ou ainda quando na formulação da norma “[...] se usam expressões que admitem diversas interpretações”. Por isso, faz-se necessária uma forma mais geral de justificação interna, de maneira a deixar clara a aplicabilidade da norma ao caso a ser por ela regrado. Essa forma “mais geral” de justificação interna tem a seguinte estrutura:

- $$\begin{aligned}
 & (J.1.2) .(1) (x) (Tx \rightarrow ORx) \\
 & \quad .(2) (x) (M^1x \rightarrow Tx) \\
 & \quad .(3) (x) (M^2x \rightarrow (M^1x)) \\
 & \quad \quad \quad \cdot \\
 & \quad \quad \quad \cdot \\
 & \quad \quad \quad \cdot \\
 & \quad .(4) (x) (Sx \rightarrow (M^n x)) \\
 & \quad .(5) Sa \\
 & \quad (6) ORa (1) - (5)
 \end{aligned}$$

O sentido do esquema acima representado pode ser esclarecido fazendo-se o seguinte raciocínio, que a ele se ajusta: 1) Quem pratica homicídio qualificado deve ser castigado com pena de reclusão maior; 2) Quem mata mediante paga pratica homicídio qualificado; 3) Quem

age movido por retribuição pecuniária, age mediante paga; 4) Quem mata uma pessoa em troca de dinheiro, mata movido por retribuição pecuniária; 5) *X* matou *Y* em troca de dinheiro; logo, 6) Deve impor-se a *X* a pena de reclusão maior.¹⁷

Como se pode perceber, a forma mais geral da justificação interna retrata a concreção progressiva das normas a partir da especificação das premissas - no raciocínio aqui desenvolvido, a norma enunciando que “Quem pratica homicídio qualificado deve ser castigado com pena de reclusão maior” (1) concretizou-se na norma “Deve impor-se a *X* a pena de reclusão maior” (6), dado o enquadramento da conduta de *X* nas premissas (2 - 5). Ora, dada a relação entre as premissas e as normas concretizadas, tornam-se fundamentais “regras de uso das palavras” que disciplinem o enquadramento nas premissas, de forma a evitar violações ao princípio da universalidade - por exemplo: considerar que *Z*, que matou *W* em troca de dinheiro, não matou mediante paga e não praticou homicídio qualificado, não merecendo, assim, ser castigado com uma pena de reclusão maior. Para afastar a possibilidade de tratamentos desiguais de situações iguais em todos os aspectos relevantes, Robert Alexy enuncia a terceira regra da justificação interna, segundo a qual “(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se *A* é um *T* ou *M'*, deve-se apresentar uma regra que decida a questão”, regra esta que deve valer universalmente.

Nos termos da tese defendida por Robert Alexy, a preocupação com o respeito ao princípio da universalidade exige, ainda, que se prime pela transparência na demonstração da relação de derivação lógica entre os enunciados normativos e as premissas que os fundamentam. Assim, o raciocínio silogístico deve desenrolar-se gradativa e detalhadamente, observando-se duas regras: “(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao

¹⁷ O raciocínio acima delineado é inspirado no exemplo citado por Manuel Atienza: “1) Quem comete um assassinato deve ser castigado com a pena de reclusão maior; 2) Quem mata traiçoeiramente comete assassinato; 3) Quem se aproveita da falta de defesa ou da boa-fé de outrem age traiçoeiramente; 4) Quem mata uma pessoa enquanto ela está dormindo, aproveita-se do seu estado de falta de defesa; 5) *X* matou *Y* enquanto este estava dormindo; 6) Deve-se impor a *X* a pena de prisão maior” (ATIENZA, 2006, p. 173-174). Note-se que, no Direito Penal espanhol, no qual Atienza parece ter se inspirado para formular o exemplo, a expressão “asesinato” - traduzida na versão consultada como “assassinato” - tem um sentido semelhante ao “homicídio qualificado” do Direito Penal brasileiro.

caso em questão não seja discutível” e “(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento”.

Para Robert Alexy, as regras e formas do discurso jurídico atinentes à justificação interna (J.1.1 - J.2.5) referem-se à “[...] estrutura formal da fundamentação jurídica [...]”, e têm como elemento central a “[...] segurança da universalidade [...]”, podendo-se designá-las como “[...] regras e formas da justiça formal”. Delas distinguir-se-iam as regras e formas da justificação externa, cujo objeto consistiria justamente na “[...] fundamentação das premissas usadas na justificação interna”, que, segundo o mesmo autor, podem ser de três tipos: “[...] (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e 3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo”. A fundamentação de uma regra de direito positivo consistiria “[...] em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico”; a fundamentação de premissas empíricas envolveria a utilização de métodos das ciências empíricas, de máximas da presunção racional e regras de ônus da prova no processo; por sua vez, a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo exigiria o que se pode chamar de “argumentação jurídica”. (ALEXY, 2011, p. 226 e 228)

As regras e formas da justificação externa são divididas por Robert Alexy em seis grupos de regras e formas: de interpretação (1), da argumentação da Ciência do Direito (dogmática) (2), do uso dos precedentes (3), da argumentação prática geral (4) e da argumentação empírica (5), acrescidos do grupo das formas especiais de argumentos jurídicos (6). O autor observa que cada um desses grupos pode ser identificado com uma só palavra: “[...] (1) lei, (2) Ciência do Direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos jurídicos”. (ALEXY, 2011, p. 229)

No que toca à argumentação empírica, Robert Alexy não elabora regras e formas especiais, preconizando a observância da regra de transição do discurso prático geral “(6.1) Para qualquer falante é, em qualquer momento, possível passar a um discurso teórico (empírico)”. Para ele, essa regra também deve vigorar no discurso jurídico, em que, como no discurso prático geral, surgem questões atinentes à certeza do conhecimento empírico disponível, levando, em muitos casos, à necessidade do estabelecimento de regras de presunção racional. (ALEXY, 2011, p. 231)

No que concerne às regras e formas de interpretação, Robert Alexy identifica a existência de seis grupos de cânones: o grupo da interpretação semântica, o grupo da interpretação genética, o da

interpretação histórica, o da interpretação comparativa, o da sistemática e o da teleológica; contudo, ele só elabora formas dos três primeiros (ATIENZA, 2006, p. 175).

Com relação à interpretação semântica, Robert Alexy afirma que os argumentos semânticos “[...] podem ser usados para justificar, criticar, ou mostrar que uma interpretação é admissível, ao menos semanticamente”. Ele distingue as seguintes formas de argumentos, expressas da seguinte maneira, tomando-se “R” como uma norma, “R” como uma interpretação de R através de “W” e “W” como uma regra de uso das palavras: “(J.3.1) *R’ deve ser aceita como interpretação de R, com base em W_i* ” e “(J.3.2) *R’ não pode ser aceita como interpretação de R com base em W_k* ”. A essas duas regras que enunciam proposições contrárias, a depender da regra de uso das palavras adotada - W_i ou W_k - é acrescida uma regra que é subalterna a ambas: “(J.3.3) *É possível aceitar R’ como interpretação de R e é possível não aceitar R’ como interpretação de R, pois não regem nem W_i nem W_k* ”. (ALEXY, 2011, p. 233)

Segundo Robert Alexy, as formas da interpretação semântica “[...] implicam a afirmação da validade ou da não validade de W_i e ou W_k ”. Para decidir acerca da aplicabilidade de uma regra de uso das palavras, não seria suficiente uma especificação da linguagem, e sim uma determinação, a ser feita pelas outras formas de interpretação. Passando à abordagem das formas de interpretação genética, o autor afirma que “Há um *argumento genético* quando se justifica uma interpretação *R’* de *R*, porque ela corresponde à vontade do legislador”, sendo que, na visão dele, podem ser diferenciados dois modos principais de argumentos genéticos: um, pelo qual se diz que a norma concreta “R”, enquanto interpretação de “R” pelo critério “W” ($= I^R_W$), é o objeto direto da vontade do legislador: “(J.4.1) .(1) *R’* ($= I^R_W$) é querido pelo legislador (2) *R’*”; outro, pelo qual se diz que a norma concreta “R”, enquanto interpretação de “R” pelo critério “W”, é necessária para a consecução do objetivo “Z”, perseguido pelo legislador com a edição da norma “R”, pois, se não se aceita “R” enquanto interpretação de “R” pelo critério “W” ($\neg R’$ ($= I^R_W$)), não se alcança o objetivo “Z” ($\neg Z$): “(J.4.2) .(1) Com R o legislador pretende alcançar Z .(2) $\neg R’$ ($= I^R_W$) $\rightarrow \neg Z$ (3) *R’*”. (ALEXY, 2011, p. 233-234)

Ao tratar das outras formas de interpretação, Robert Alexy deixa de elaborar formas da interpretação histórica, comparativa e sistemática, limitando-se a destacar que os argumentos históricos estão presentes “[...] quando se expõem fatos que se referem à história do problema jurídico discutido, como razões a favor ou contra uma interpretação”, e

exigem uma premissa normativa que necessita de fundamentação; já os argumentos comparativos estão presentes quando “[...] se toma como referência, não um estado de coisas jurídico anterior, mas o de outra sociedade”, e exigem, “[...] além de numerosas premissas empíricas, pelo menos uma premissa normativa”; por sua vez, os argumentos sistemáticos estão presentes, na visão do autor, quando há a referência à situação de uma norma no texto legal, “[...] como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios”. (ALEXY, 2011, p. 237)

Outro grupo das regras e formas da interpretação seria o grupo da interpretação teleológica. Esse grupo diria respeito a argumentos “[...] em que quem argumenta se refere não a fins de pessoas realmente existentes no passado ou no presente, mas a fins ‘racionais’ ou ‘prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente’”. Assim, os objetivos considerados na interpretação teleológica “[...] não são por isso fins que se determinem empiricamente, mas fins caracterizados normativamente”. Simbolizando “OZ” a prescrição de um estado de coisas ou um fato, expressando “ $\neg R' (= I^R_W) \rightarrow \neg Z$ ” a necessidade da interpretação de “R” segundo “W” para atingir “Z” e significando R” a interpretação desejada, a forma fundamental da interpretação teleológica elaborada por Robert Alexy tem a seguinte estrutura: “(J.5) .(1) OZ .(2) $\neg R' (= I^R_W) \rightarrow \neg Z$ (3) R” - ou seja: sendo obrigatório atingir “Z” (OZ), e se a não adoção do critério “W” na interpretação de “R” não leva a “Z” ($\neg R' (= I^R_W) \rightarrow \neg Z$), é devido adotar esse critério a fim de atingir “Z” (R’). (ALEXY, 2011, p. 238-239)

As regras e formas de interpretação acima mencionadas pressuporiam determinadas premissas que devem ser apresentadas - por exemplo: a regra J.4.1, que diz que a norma concreta “R”, enquanto interpretação de “R” segundo o critério “W”, é algo querido pelo legislador, baseia-se na premissa de que o desejo do legislador é razão suficiente para se chegar a “R”. Para Robert Alexy, “Sempre é necessário apresentar premissas empíricas ou normativas, cuja verdade ou correção pode ser objeto de novas discussões a qualquer momento”, diretiva esta expressada pela seguinte regra: “(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação”. (ALEXY, 2011, p. 242-243)

Cada uma das regras e formas de interpretação teria uma função específica. Conforme Robert Alexy, “As formas da argumentação semântica e genética se referem à vinculação dos órgãos decisores, ao teor da lei e à vontade do legislador”, enquanto a interpretação

sistemática é útil “[...] para eliminar contradições no ordenamento jurídico”, ao passo que as formas teleológicas “[...] dão espaço à argumentação prática racional de tipo geral”. Disso adviria uma insegurança quanto aos resultados no uso dessas regras e formas da interpretação: a diferença de funções entre elas acarretaria uma diferença nas soluções por elas propostas para um mesmo problema. Para reduzir essa insegurança e assegurar a vinculação da fundamentação da interpretação das normas ao direito vigente, o autor desenvolve a seguinte regra: “(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos”. Ora, esta última regra ainda deixa em aberto a questão atinente à atribuição de peso maior ou menor aos “motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos” em relação aos “argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico”. O preenchimento dessa lacuna, segundo Robert Alexy, exige o recurso a argumentos práticos de tipo geral, “[...] pois os argumentos jurídicos sobre os quais se discute não podem ser empregados nessa discussão”, sendo que, a fim de evitar a arbitrariedade na determinação dos pesos dos argumentos, tal determinação deve valer para “[...] todos os casos iguais nos aspectos relevantes”. Mais uma vez, entra em cena o princípio da universalidade, consagrado nesta regra: “(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação”. Além disso, a fim de garantir a liberdade de discurso e a admissibilidade de todos os argumentos - regras de razão do discurso prático geral (2.2.a e 2.2.b), Robert Alexy formula esta outra regra para o discurso jurídico: “(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação”. (ALEXY, 2011, p. 244-245)

A justificação externa no discurso jurídico requer ainda, nos termos das ideias defendidas por Robert Alexy, a elaboração de regras da argumentação dogmática, que se destinam a possibilitar a refutabilidade de enunciados dogmáticos e a delinear a maneira de fundamentá-los. Tais regras baseiam-se, em primeiro lugar, no fato de que “Os enunciados dogmáticos não podem derivar logicamente nem apenas das normas jurídicas vigentes nem somente de enunciados empíricos”, sendo inevitável, para fundamentá-los, o recurso a argumentos práticos do tipo geral, e, em segundo lugar, no fato de que os enunciados dogmáticos devem ser comprováveis sistematicamente,

seja em sentido estrito, por meio da constatação de que eles se ajustam sem contradições à série dos enunciados dogmáticos já aceitos, seja em sentido amplo, por meio da comprovação de que eles são justificáveis em relação “[...] a enunciados normativos singulares a serem fundamentados por todos os outros enunciados dogmáticos e normas jurídicas, de acordo com as regras do discurso prático geral”. Em suma, essas regras preconizam que “(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral” e que “(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo”. (ALEXY, 2011, p. 257-260)

Às duas regras da argumentação dogmática junta-se uma terceira, que estabelece o manejo de argumentos dogmáticos tanto quanto possível: “(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados”. Ao formular essa regra, Robert Alexy revela a importância que confere à dogmática jurídica e às funções por ela desempenhadas, que, para ele, são seis: 1) a função de estabilização - “[...] com a ajuda de enunciados dogmáticos, se fixam e se fazem reproduzíveis, determinadas soluções a questões práticas”; 2) a função de progresso - “A institucionalização da dogmática [...] torna possível oferecer comprovações e diferenciar os enunciados dogmáticos numa medida consideravelmente maior do que seria possível em discussões que se desenvolvem de forma pontual”; 3) a função de descarga - sem um motivo especial, é desnecessário comprovar novamente enunciados já aceitos; 4) a função técnica - a construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados e instituições jurídicas promove a divulgação, o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica; 5) a função de controle - a dogmática possibilita a decisão de casos de forma coerente “[...] com uma série de casos já decididos e ainda por decidir”; e 6) a função heurística - a dogmática fornece um instrumental para a tomada de decisões que não estaria disponível caso se optasse por uma solução “original” para cada problema jurídico. (ALEXY, 2011, p. 260-265)

Além das regras da argumentação dogmática, Robert Alexy formula regras a respeito do uso dos precedentes judiciais, destacando que “Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais”. O autor considera que o fundamento do uso dos precedentes é - mais uma vez - o princípio da universalidade, ou seja, “[...] a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual”. Assim, formula a seguinte regra: “(J.13) Quando se

puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo”. Contudo, Robert Alexy pondera que a aplicação do princípio da universalidade pode tornar-se controvertida, nas situações em que as diferenças entre casos considerados como iguais ganham relevância a ponto de negar a relação de igualdade, bem como nas situações em que é justificável a adoção de uma nova valoração de uma circunstância igual a outra, decidida de acordo com uma valoração “velha”. Nessas situações, a carga de argumentação competiria a quem alega a diferença entre os casos e a quem defende a nova valoração: “(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação”. (ALEXY, 2011, p. 267-270).

Por fim, Robert Alexy ainda inclui dentre as regras e formas da justificação externa, na qual se avalia a correção das premissas utilizadas no discurso jurídico, as chamadas “formas de argumentos jurídicos especiais”, que, para ele, são as formas de argumentos “[...] que se usam especialmente na metodologia jurídica, como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*”. O *argumentum a contrario* é representado da seguinte forma: “(J.15) .(1) (x) (OGx \rightarrow Fx) . (2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) (1)” - ou seja, a consequência jurídica expressa por “OGx” é aplicável a “F”; logo, se “x” não é “F” (\neg Fx), não se aplica a consequência “OGx” (\neg OGx). Já a inferência analógica é formalizada por Robert Alexy da seguinte maneira: “(J.16) .(1) (x) (Fx \vee F sim x \rightarrow OGx) .(2) (x) (Hx \rightarrow F sim x) .(3) (x) (Hx \rightarrow OGx) (1) (2)”, ou seja, nos casos “x” (Fx) e nos casos semelhantes a “x” (F sim x) produz-se a consequência jurídica “OGx”; então, sendo determinado caso concreto enquadrável como “semelhante a x” (Hx \rightarrow F sim x), há de se ser aplicável a consequência jurídica expressa por “OGx” (Hx \rightarrow OGx). E, por seu turno, o argumento de redução ao absurdo é estruturado desta maneira: “(J.17) .(1) O \neg Z .(2) R' \rightarrow Z (3) \neg R”, o que significa que, sendo inapropriado o estado de coisas “Z” (O \neg Z), e havendo uma interpretação da norma “R” (R') que leva a esse estado de coisas “Z”, não se deve adotar essa interpretação (\neg R'). (ALEXY, 2011, p. 272-275)

Robert Alexy observa que as formas de argumentos jurídicos especiais consubstanciam casos especiais do discurso prático geral: (J.15) seria um esquema de inferência válido logicamente, (J.16) seria exigido pelo princípio da universalidade e (J.17) seria um caso em que se consideram as consequências. Para que o uso dessas formas seja racional, o autor afirma que elas devem ser saturadas, e os enunciados inseridos para a saturação devem ser fundamentados no discurso

jurídico, vigorando assim a seguinte regra: “(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas”.

A existência de uma longa lista de regras e formas do discurso jurídico não significa que essa forma de discurso possa ganhar autonomia em relação ao discurso prático geral. Robert Alexy destaca que a possibilidade de utilização de enunciados dogmáticos e de precedentes no discurso jurídico desloca a argumentação prática geral de forma apenas *parcial* ou *provisória*: parcial, porque nos casos em que não há enunciados dogmáticos ou de precedentes aplicáveis, é inevitável o recurso à argumentação prática geral; provisória, porque os enunciados dogmáticos e a aplicabilidade dos precedentes requerem, por vezes, uma fundamentação em argumentos práticos de tipo geral. Assim, para ele, “A argumentação prática geral constitui por isso o fundamento da argumentação jurídica”. (ALEXY, 2011, p. 277-278)

2.1.2.3 Coincidências entre as regras dos discursos

De acordo com Robert Alexy, o discurso jurídico está intimamente conectado com o discurso prático geral, e isso se demonstra com particular clareza na coincidência estrutural das regras e formas dos dois discursos. Essa coincidência das regras e formas nada mais expressa que uma coincidência, ainda que parcial, na pretensão de correção levantada por ambos os discursos, satisfeita justamente por aquelas regras e formas.

Robert Alexy agrupa as coincidências entre as regras e formas do discurso jurídico e as regras e formas do discurso prático geral em seis partes. A primeira coincidência por ele identificada é entre as regras e formas da justificação interna e o princípio da universalidade. Assim, à regra fundamental do discurso prático geral que estabelece que “(1.3’) Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes” corresponderia, dentre outras, a regra do discurso jurídico que enuncia que “(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal”. (ALEXY, 2011, p. 281-283)

A segunda coincidência diz respeito à função exercida pela argumentação empírica em ambos os discursos. Tanto no discurso jurídico quanto no discurso prático geral pode haver certeza sobre as premissas normativas mas dúvidas quanto aos fatos, ou dúvidas quanto ao grau de certeza do saber empírico adquirido, levando à necessidade da fixação de regras de presunção racional. Dadas essas circunstâncias,

há de ser observada a regra de transição segundo qual “(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico). (ALEXY, 2011, p. 281-283)

A terceira coincidência mencionada por Robert Alexy seria mantida entre algumas regras e formas da interpretação e argumentos práticos de tipo geral. Ele cita o seguinte exemplo: a forma fundamental da interpretação teleológica, segundo a qual deve ser adotada a interpretação de uma norma que produza uma consequência jurídica desejável (J.5), pode ser considerada como uma ligeira diferenciação do argumento consequencialista geral, segundo o qual as consequências desejáveis produzidas por uma norma são razões suficientes para fundamentá-la (4.3). (ALEXY, 2011, p. 281-283)

A quarta coincidência se daria entre, de um lado, as regras do discurso prático geral que consagram os princípios de não contradição,¹⁸ universalidade¹⁹ e inércia,²⁰ aliadas à regra que exige a consideração de todos os argumentos levantados pelos participantes do discurso,²¹ e, de outro lado, as funções desempenhadas pela dogmática jurídica em prol da estabilização, progresso, controle e heurística, funções estas prestigiadas pela regra do discurso jurídico que estabelece a utilização de argumentos dogmáticos tanto quanto possível.²² Segundo Robert Alexy, as regras do discurso prático geral acima mencionadas, incorporadas na regra do discurso jurídico que preconiza o respeito à dogmática jurídica, propiciam o aumento da consistência na tomada de decisões sem bloquear a possibilidade de se optar por decisões diferentes quando houver necessidade. (ALEXY, 2011, p. 281-283)

A quinta identidade seria verificada entre as regras do discurso prático geral que consagram os princípios da universalidade e de inércia e as regras do discurso jurídico que estabelecem uma carga

¹⁸ “(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.” (ALEXY, 2011, p. 287)

¹⁹ “(1.3’) Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirma que são iguais em todos os aspectos relevantes.” (ALEXY, 2011, p. 287)

²⁰ “(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo. (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.” (ALEXY, 2011, p. 288)

²¹ “(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção. (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso. (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.” (ALEXY, 2011, p. 288)

²² “(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.” (ALEXY, 2011, p. 292)

argumentativa em favor dos precedentes judiciais, expressadas estas nos seguintes termos: “(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo” e “(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”. (ALEXY, 2011, p. 270 e 281-283)

Por fim, a sexta e última coincidência identificada por Robert Alexy seria aquela existente entre, de um lado, as regras do discurso prático geral de não contradição,²³ de universalidade²⁴ e de consideração das consequências,²⁵ e, de outro lado, as formas de argumentos jurídicos especiais – o *argumentum a contrario*,²⁶ a analogia²⁷ e o argumento de redução ao absurdo.²⁸

Segundo Robert Alexy, as coincidências entre as regras e formas do discurso prático geral e as regras e formas do discurso jurídico demonstram que a argumentação jurídica, apesar de estar dotada de formas, regras e condições que lhe são específicas, constitui apenas um tipo de argumentação prática geral. Dada essa relação entre os dois discursos, o discurso jurídico partilharia das debilidades do discurso prático geral quanto à insegurança dos resultados, mas, em compensação, também partilharia dos critérios de racionalidade desse mesmo discurso, de forma a assegurar o caráter racional da argumentação nele desenvolvida. (ALEXY, 2011, p. 283-286)

2.1.3 Argumentação no âmbito dos direitos fundamentais

A tese do caso especial, defendida por Robert Alexy, preconiza que o discurso jurídico é tão somente uma espécie do discurso prático

²³ “(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.” (ALEXY, 2011, p. 285)

²⁴ “(1.3’) Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes.” (ALEXY, 2011, p. 285)

²⁵ “(4.3) Fr

R’

R” (ALEXY, 2011, p. 195-199), ou seja, a regra R é fundamentada em virtude das consequências por ela produzidas (Fr), conforme uma regra de segundo nível R’ que diz que tais consequências constituem uma razão suficiente para fundamentá-la.

²⁶ “(J.15) .(1) (x) (OGx → Fx) .(2) (x) (¬ Fx → ¬ OGx) (1)” (ALEXY, 2011, p. 272-276)

²⁷ “(J.16) .(1) (x) (Fx v F sim x → OGx) .(2) (x) (Hx → F sim x) .(3) (x) (Hx → OGx) (1), (2)” (ALEXY, 2011, p. 272-276)

²⁸ “(J.17) .(1) O → Z .(2) R’ → Z .(3) ¬ R’” (ALEXY, 2011, p. 272-276)

geral, ao qual estaria integrado. Em virtude dessa associação, ao discurso jurídico seriam transmitidas duas características do discurso prático geral: uma que pode ser considerada “má” - a insegurança quanto aos resultados da argumentação nele desenvolvida – e outra que pode ser considerada “boa” – o caráter racional dessa mesma argumentação.

A compatibilidade do procedimento discursivo com uma ampla variedade de resultados comprometeria a segurança perseguida na argumentação jurídica, deficiência esta que, segundo Robert Alexy, “[...] não pode ser sanada no nível da teoria moral”. A superação dessa deficiência exigiria o recurso à teoria do direito, mediante a montagem de um modelo procedimental em quatro níveis: o do discurso prático geral (1), o do processo legislativo (2), o do discurso jurídico (3) e o do processo judicial (4). (ALEXY, 2008, p. 549-550)

Nos termos do que defende Robert Alexy, o discurso prático geral está no primeiro nível da argumentação jurídica geral e, embora seja dotado de um sistema de regras que compõem algo como um código geral da razão prática, “[...] ele de forma alguma conduz a apenas um resultado em cada caso”, o que é exigido na solução de conflitos sociais, tarefa a que o Direito se propõe. Por isso, a argumentação jurídica deve avançar para o segundo nível, que é o do processo legislativo, consistente em um “[...] procedimento institucional de criação do direito, no âmbito do qual não apenas se argumenta, mas também se decide”. Ora, mesmo o processo legislativo não determina uma única solução para cada caso juridicamente apreciável, o que exige um refinamento subsequente em um terceiro procedimento, o procedimento do discurso jurídico, vinculado à lei, ao precedente e à dogmática, circunstância esta que “[...] tem como consequência uma considerável redução na incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral”. Apesar disso, dada a necessidade da argumentação prática geral no âmbito da argumentação jurídica, a incerteza quanto aos resultados do discurso não é eliminada, fazendo-se necessário o recurso a um quarto procedimento, que é o processo judicial, “[...] no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide”. (ALEXY, 2008, p. 550-551)

Como visto, Robert Alexy desenha um itinerário a ser seguido com a finalidade de eliminar a incerteza na argumentação jurídica geral. No entanto, no tocante à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, a obediência a esse itinerário é inviabilizada pela impossibilidade de se recorrer às decisões tomadas no processo legislativo:

O discurso nesse âmbito não está vinculado às decisões tomadas no processo legislativo; ele o precede. Isso significa que, nele, não está à disposição o fator de vinculação mais importante para a argumentação jurídica geral: a lei ordinária, em geral relativamente concreta. No seu lugar aparecem as disposições de direitos fundamentais, extremamente abstratas, abertas e ideologizadas. (ALEXY, 2008, p. 551)

A argumentação no âmbito dos direitos fundamentais não pode tomar as decisões resultantes do processo legislativo como fator de redução de incertezas, haja vista que estas decisões é que devem ser condicionadas pelos direitos fundamentais. Em outras palavras: como são os direitos fundamentais que ditam o espaço do discursivamente possível no processo legislativo, as decisões resultantes do processo legislativo não podem ser consideradas como meio de criação de direitos fundamentais.

Sendo assim, impossibilitado o recurso ao processo legislativo, a controlabilidade da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais requer, segundo Robert Alexy, uma distinção entre a base e o processo da argumentação nesse âmbito. A base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, de acordo com o mesmo autor, “[...] pode ser identificada pelos termos ‘lei’, ‘precedente’ e ‘dogmática’” (ALEXY, 2008, p. 551). Essa base está, de certa maneira, consagrada em regras do discurso jurídico como as seguintes: “(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos” (ALEXY, 2011, p. 244-245); “(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação” (ALEXY, 2011, p. 267-270); “(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados” (ALEXY, 2011, p. 260-265).

Pois bem: ao considerar que a lei, o precedente e a dogmática são termos que expressam a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, Robert Alexy indica que tais termos denotam circunstâncias vinculantes da argumentação nesse âmbito. Resta saber como tais termos devem ser compreendidos e como operam as figuras por eles representadas.

Para Robert Alexy, por vinculação da argumentação à lei, no âmbito dos direitos fundamentais, “[...] deve ser compreendida uma vinculação ao *texto* das disposições de direitos fundamentais e à *vontade*

do legislador constituinte”, implicando sobretudo o respeito às regras e formas da interpretação semântica e da interpretação genética. Assim, às disposições de direitos fundamentais deve ser emprestado o significado compatível com aquilo que foi decidido pelo constituinte ou com o objetivo por ele perseguido. Por sua vez, a vinculação aos precedentes significaria a observância, na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, como forma de prestigiar a igualdade, a segurança jurídica e a proteção da confiança, dentre outros valores. Já a vinculação à dogmática consistiria na consideração de teorias normativas dogmáticas dos direitos fundamentais como fatores de estruturação da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais – como a teoria liberal, que defende a ausência de intervenção estatal como único bem protegido pelos direitos fundamentais, e a teoria social-estatal, que valoriza a busca de igualdade de oportunidades. (ALEXY, 2008, p. 551-573)

Embora exerça um papel importante, a vinculação da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais à lei, ao precedente e à dogmática é uma vinculação débil e superável, como ressaltado por Robert Alexy. A vinculação da argumentação à lei, ou seja, ao texto das disposições de direitos fundamentais, é problemática ao se levar em conta a abertura e abstração inerentes a tais disposições, o que dificulta a determinação de um significado unívoco para cada uma delas, pois “É possível conciliar muita coisa com o texto das disposições constitucionais [...]”. Tampouco a pesquisa acerca da vontade do constituinte pode conduzir a algo inequívoco, de maneira que tentar se apoiar na história da gênese constitucional “[...] seria adentrar superfície instável”. As mesmas questões cercam a vinculação aos precedentes: apesar de haver a possibilidade de obter uma rede de normas relativamente abrangente e densa a partir de decisões do Tribunal Constitucional Federal, “[...] novos casos sempre apresentam novas características, que podem servir para uma diferenciação [...], seja para efetuar uma distinção entre o caso a decidir e aqueles já decididos (*distinguishing*), seja para concluir pela necessidade de superação da jurisprudência firmada (*overruling*). Ademais, a utilização de fórmulas abertas pelo Tribunal Constitucional Federal em seus julgados, dos quais são exemplos “[...] a máxima da proporcionalidade, a proibição de arbítrio e a fórmula da natureza humana”, dificulta a compreensão clara do precedente, tornando opaca a sua aplicabilidade aos casos a decidir. E, por fim, a vinculação da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais à dogmática, ou seja, a teorias materiais dos direitos fundamentais, também sofre de insuficiências semelhantes. Como há

diferenças na forma como as teorias ordenam hierarquicamente os direitos fundamentais, delas não se pode esperar muito no que concerne à redução das incertezas que pairam sobre os resultados do discurso. Uma teoria material dos direitos fundamentais eliminaria as incertezas se “[...] contivesse uma única resposta correta para todo e qualquer caso”, o que a transformaria “[...] em uma lista abrangente de regras de decisão para todos os casos imagináveis no âmbito dos direitos fundamentais”. Ora, isso, segundo Robert Alexy, é impossível, pois “Os próprios limites da capacidade imaginativa humana já excluem a possibilidade de elaboração de uma lista completa dessa espécie”. (ALEXY, 2008, p. 559-573)

Como se pode perceber, a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, expressa pelos termos lei, precedente e dogmática, é insuficiente para determinar os resultados dessa mesma argumentação. De acordo com Robert Alexy, essa lacuna de racionalidade deve ser preenchida pelo discurso de direitos fundamentais, que, partindo da base já mencionada, busca o “[...] atingimento de resultados constitucionalmente corretos”, valendo-se da argumentação prática geral, que se torna elemento necessário do discurso jurídico no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, por tornarem inevitável o recurso à argumentação prática geral, os direitos fundamentais provocam uma abertura do sistema jurídico.²⁹ Essa abertura, segundo o mesmo autor, é racionalmente estruturada pelo recurso às regras e formas da argumentação prática geral e às regras e formas da argumentação jurídica, evitando o mero decisionismo. Assim, a tarefa de reduzir ou eliminar a insegurança quanto aos resultados do discurso no âmbito dos direitos fundamentais, realizada por um tribunal constitucional ao emitir uma decisão dotada de autoridade, “[...] nada tem de irracional”, se essa decisão é vinculada a uma argumentação que a sustente. (ALEXY, 2008, p. 573-574)

Nos termos defendidos por Robert Alexy, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais confirma a tese do caso especial. Por não terem seu conteúdo plenamente identificado pela lei, pelos precedentes e pela dogmática, e por não serem condicionadas pelo processo legislativo, as disposições de direitos fundamentais requerem o

²⁹ Lembre-se que, para Robert Alexy, “A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*” (ALEXY, 2008, p. 544). Então, dada essa abertura em face da Moral, o discurso no âmbito dos direitos fundamentais requer o recurso à argumentação prática geral, sendo insuficiente a “mera” argumentação jurídica.

recurso ao discurso prático geral para a determinação de seu significado e alcance. Assim, um tribunal constitucional, ao apreciar direitos fundamentais, deve observar tanto as regras do discurso prático geral quanto as regras do discurso jurídico para assegurar o caráter racional de suas decisões, o que demonstra a integração existente entre esses dois tipos de discurso.

2.2 ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A exposição acerca da importância da argumentação jurídica em Robert Alexy, feita acima, pode parecer descolada do problema fático tratado na primeira seção. Afinal de contas, é possível questionar a pertinência de citar neste trabalho as regras e formas do discurso elaboradas por Robert Alexy, algumas vertidas em expressões complexas, como “(J.17) .(1) $O \rightarrow Z$.(2) $R' \rightarrow Z$.(3) $\rightarrow R$ ”, levando-se em conta que aqui se investiga algo mais prosaico, que é a delimitação judicial do direito à saúde, que se perfaz em fórmulas como “A tem direito ao medicamento X”. Não seria supérflua a enumeração das regras do discurso? Não seria uma digressão despropositada?

A delimitação judicial do direito à saúde, para os fins deste trabalho, é a tarefa realizada por um membro do Poder Judiciário ao emitir uma decisão sobre um pedido de prestação de saúde fundamentada diretamente em um dispositivo constitucional – geralmente o artigo 6º ou o artigo 196 da Constituição. No caso tratado na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, por exemplo, o ministro Gilmar Mendes decidiu que determinada paciente fazia jus ao fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat), com fundamento no artigo 196 da Constituição, que diz, basicamente, que “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (BRASIL, 1988). Ora, o raciocínio desenvolvido pelo ministro só é aceitável se se admitir que o direito à saúde previsto na Constituição inclui o direito ao fornecimento do medicamento Zavesca a quem o necessitar. Ou seja: o raciocínio só é aceitável caso se admita que dos enunciados normativos postos na Constituição podem ser extraídas não só normas que deles são diretamente derivadas, como também normas que deles são indiretamente derivadas, em uma espécie de desdobramento normativo. Assim, do enunciado “a saúde é direito de todos”, extrai-se a norma “o Estado deve assegurar o direito à saúde”, e desta última norma extrai-se uma outra norma que diz “o Estado deve assegurar o direito ao fornecimento do medicamento Zavesca”. Além disso, esse raciocínio só

é admissível caso se reconheça que o ministro está autorizado a fazê-lo, ou seja, que está capacitado a efetuar o desdobramento normativo que fez sem necessitar de intermediação legislativa.

Segundo Robert Alexy, é no campo dos direitos fundamentais que se abre a possibilidade da emissão de decisões dotadas de autoridade sem subordinação ao processo legislativo, pois “Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesma, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra apenas a alternativa de alguma forma de jurisdição constitucional” (2008, p. 574). Muito embora esteja “liberto” dos resultados derivados do processo legislativo, o juiz encarregado do exercício da jurisdição constitucional deve decidir com base em uma norma de direito fundamental, a partir da qual determinará a norma individual do caso concreto.³⁰ E uma norma de direito fundamental, para Robert Alexy, é aquela diretamente expressa por uma disposição de direito fundamental (2008, p. 68-69). Ora, a identificação de uma disposição de direito fundamental é algo que depende do conceito de direito fundamental que se utilize. Pode-se adotar um conceito formal, segundo o qual os direitos fundamentais são aqueles insertos em determinada parte da Constituição, ou tratados especificamente como tais pela mesma Constituição, ou por esta dotados de alguma proteção especial; pode-se também adotar um conceito substancial, que se apoia no conteúdo do direito para qualificá-lo como fundamental – por exemplo: direitos fundamentais são aqueles que protegem o cidadão contra o Estado; pode-se, ainda, adotar um conceito procedimental, segundo o qual os direitos fundamentais expressam posições “[...] que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”, haja vista que a simples existência de tais direitos revela uma desconfiança no legislador (ALEXY, 2004, p. 35-38). Robert Alexy considera que o conceito formal é adequado para uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, afirmando que “[...] *disposições de direitos fundamentais* são aquelas contidas nas disposições dos arts. 1º a

³⁰ Sobre isso, cabe lembrar a lição de Hans Kelsen: “Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente”. (1998, p. 263)

19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição alemã”. (2008, p. 68)

Pois bem: assentada a possibilidade de um juiz dotado de jurisdição constitucional decidir sobre direitos fundamentais, extraindo normas das disposições relativas a tais direitos, resta verificar a possibilidade de realização de desdobramentos normativos. Robert Alexy menciona que o Tribunal Constitucional Federal alemão extraiu, da disposição inserta no art. 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã que dispõe que “[...] a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”, a seguinte norma individual: “Aquilo que, por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade deve ser livre”. Essa norma individual, apesar de não coincidir com a norma de direito fundamental diretamente expressa pelo artigo 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã, seria, no dizer de Robert Alexy, uma norma de direito fundamental atribuída, que determina e detalha o que está expresso no texto constitucional, mantendo com este uma relação de refinamento; ao mesmo tempo, a norma atribuída apoia-se no texto constitucional, mantendo com este uma relação de fundamentação. Robert Alexy define o seguinte critério para aferir a validade de uma norma de direito fundamental atribuída: “[...] uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*”. O autor observa que esse critério pode ser aplicado até mesmo no caso das normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas, de acordo com uma definição geral pela qual “[...] normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”, salientando que para as normas diretamente estabelecidas “[...] é suficiente uma referência ao texto constitucional”. (ALEXY, 2008, p. 69-76)

Dizer que uma norma de direito fundamental atribuída qualifica-se como tal se pode ser resultante de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais é algo que parece tautológico. No entanto, essa imprecisão se desfaz ao se lembrar que a correta fundamentação consiste na obediência às regras do discurso, acima listadas. Como bem nota Roberto José Ludwig, a arquitetura do conceito de norma de direito fundamental atribuída “[...] conduz a uma teoria da argumentação jurídica; esta, por seu turno, não pode compreender-se sem a fundamentação – pragmática universal ou transcendental débil –

das regras do discurso”³¹ (2014, p. 208). Logo, pode-se dizer que uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma de direito fundamental se, para sua atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma fundamentação referida a direitos fundamentais pautada pelas regras e formas do discurso prático geral e pelas regras e formas do discurso jurídico.

Com essas considerações, é possível traçar o vínculo entre a delimitação judicial do direito à saúde e a argumentação jurídica. Para decidir que “A tem direito ao medicamento X” com base no direito fundamental social à saúde, um juiz deve, a partir da norma de direito fundamental diretamente extraível da Constituição (por exemplo: “o Estado deve assegurar a saúde de todos”), criar, de acordo com as regras e formas do discurso prático geral e com as regras e formas do discurso jurídico, uma norma de direito fundamental atribuída aplicável ao caso (por exemplo: “o Estado de Santa Catarina deve fornecer a A o medicamento X”).

Uma vez posta essa ligação entre a argumentação jurídica e o reconhecimento judicial de direitos fundamentais em Robert Alexy, pode-se prosseguir a investigação, centrando-se com mais vagar na questão atinente aos direitos fundamentais. Acerca dessa questão, alguns pontos da “Teoria dos direitos fundamentais” de Robert Alexy merecem destaque, dentro dos limites do presente estudo: a distinção entre regras e princípios, o problema da restrição dos direitos fundamentais, a questão da determinação do suporte fático de tais direitos e o seu caráter principiológico. Além desses pontos, é útil abordar uma regra, duas leis e uma fórmula elaboradas pelo autor: a regra da proporcionalidade, a lei de colisão, a lei do sopesamento e a fórmula do peso.

³¹ Roberto José Ludwig prefere a expressão “norma de direito fundamental associada” à expressão “norma de direito fundamental atribuída”, por entender que aquela é mais consentânea com o termo original *zugeordnete Norm*, utilizado por Robert Alexy. Segundo ele, a expressão “norma atribuída”, utilizada por Virgílio Afonso da Silva na sua tradução da “Teoria dos direitos fundamentais”, “[...] suscita dúvida sobre a amplitude da independência dessa atividade de atribuição do intérprete em relação ao texto”, sendo que a escolha dessa expressão “[...] deve ser entendida como mais um exemplo de exercício da liberdade do tradutor [...]”. (LUDWIG, 2014, p. 35-36)

2.2.1 Direitos fundamentais e distinção entre regras e princípios³²

Como visto, Robert Alexy defende que a validade de uma norma de direito fundamental depende de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, que deve partir de uma disposição de direito fundamental estatuída no texto constitucional. Sendo assim, adquire importância capital a questão atinente ao modo de interpretar o que está posto nas disposições de direito fundamental.

Segundo Robert Alexy, por meio de uma disposição de direito fundamental podem ser estatuídas duas espécies de normas: as regras e os princípios. Essa possibilidade de positivação de duas espécies de normas “[...] é o fundamento do caráter duplo das *disposições* de direitos fundamentais”, das quais podem-se extrair normas que consubstanciam regras e normas que consubstanciam princípios, além de normas que conjugam tanto regras quanto princípios. (ALEXY, 2008, p. 141)

O enquadramento de uma disposição de direito fundamental como continente de uma regra ou como continente de um princípio tem repercussões importantes, haja vista a diferença na forma com que essas duas espécies de normas operam. Lembre-se que, para Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é “[...] uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2008, p. 85)

De acordo com a teoria dos princípios, defendida por Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios é de natureza qualitativa, referindo-se à estrutura dos direitos garantidos por essas normas. Os princípios são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ao passo que as regras são “[...] normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p. 90-91). Pode-se dizer que os princípios constituem mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em graus variáveis, ao passo que as regras constituem determinações que, como tais, ou são realizadas totalmente ou não são realizadas em absoluto.

A distinção entre regras e princípios repercute na forma de solução dos confrontos entre normas, tanto é que a teoria dos princípios utiliza o termo “colisão” para se referir ao choque entre princípios contrapostos e o termo “conflito” para designar o choque entre regras

³² Parte das reflexões expostas nesta parte do trabalho já foi exposta em artigo anterior deste autor, intitulado “O caso da escola malcuidada” (CARNEIRO, 2014).

contrapostas. Em caso de conflito entre regras, a solução passa pela constatação da inaplicabilidade de uma delas, em virtude de uma cláusula que excepciona a sua incidência em determinado caso, de acordo com a regra *lex specialis derogat legi generali*, ou pela declaração de invalidade de uma delas, valendo-se de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex superior derogat legi inferiori*. Já em caso de colisão entre princípios, a solução passa pela identificação do princípio que tem maior peso no caso concreto e que, por conta disso, há de surtir os efeitos que lhe são próprios, “derrotando” o princípio contrário. Note-se que a precedência de um princípio sobre outro vale somente para uma situação determinada, não implicando a invalidade do princípio cedente, que, sob outras condições, pode tornar-se o princípio prevalente. Em resumo: princípios contrapostos coexistem, ao passo que regras contrapostas excluem-se.

A diferença na forma de solução dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios revela ainda uma diferença na forma de aplicação dessas duas normas jurídicas. As regras são aplicadas por subsunção, segundo uma lógica do “tudo ou nada”, devendo ser cumpridas na exata medida de suas prescrições. Por sua vez, os princípios são aplicados por ponderação, exigindo a consideração de condicionantes que lhes sejam contrárias e a subsequente identificação do princípio que tem maior peso, identificação esta válida apenas para a situação concreta.

Dadas as distinções entre esses dois tipos de normas, é indubitável a relevância da questão atinente à qualificação de uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio. Sobre isso, Martin Borowski observa que a qualificação de uma norma de direito fundamental como uma regra ou como um princípio depende de sua capacidade para ser ponderada, de forma que “Se uma norma pode ser objeto da ponderação no caso concreto, então necessariamente se trata de um princípio”³³ (2007, p. 108, tradução nossa). Assim, uma norma de direito fundamental deve ser qualificada como um princípio caso seja passível de entrar em choque com princípios que lhe sejam colidentes e que sejam de mesma hierarquia.

Isso implica que uma mesma norma de direito fundamental pode funcionar às vezes como regra e outras vezes como princípio. Laura Clérico observa que “Os direitos fundamentais, como normas, podem ser interpretados como regras ou como princípios”, sendo que “Uma

³³ Si una norma puede ser objeto de la ponderación en el caso concreto, entonces necesariamente se trata de un principio. (BOROWSKI, 2007, p. 108)

norma jusfundamental pode comportar-se em parte como uma regra e em parte como um princípio”³⁴ (2009, p. 29, tradução nossa). Um exemplo de norma de direito fundamental que funciona tanto como regra quanto como princípio, segundo Robert Alexy, é a norma da dignidade humana: nos casos em que é indubitável a prevalência dessa norma sobre interesses que com ela se chocam, ela opera como regra, devendo-se verificar tão somente se ela foi violada ou não; contudo, nos casos em que essa prevalência não é tão clara, a dignidade humana é sopesada diante de outros princípios. Portanto, Robert Alexy entende que “[...] é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana”, sendo que a regra da dignidade humana terá por conteúdo justamente “A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios”. (2008, p. 113-114)

Do acima exposto, pode-se retirar a seguinte conclusão: uma norma de direito fundamental, se não é contrastada com interesses conflitantes, sendo aplicada na base do “tudo ou nada”, funciona como regra; no entanto, se é ao menos contrastável com interesses conflitantes, podendo ser objeto de ponderação no caso concreto, funciona como princípio.

2.2.2 O problema das restrições aos direitos fundamentais³⁵

A diferenciação entre regras e princípios torna nítidas as características dessas duas espécies de normas. E, a partir dessas características, podem ser rastreadas as repercussões trazidas pela qualificação de uma norma como uma regra ou como um princípio. Nesta parte do trabalho, será objeto de análise a questão relativa às restrições aos direitos fundamentais.

Se uma norma de direito fundamental é qualificada como uma regra, ela deve ser aplicada segundo a lógica do “tudo ou nada”, já que uma regra contém todas as determinações necessárias ao seu cumprimento, não se fazendo necessário o recurso ao sopesamento para o aclaramento de seu sentido. No caso de um direito reconhecido por

³⁴ Los derechos fundamentales, como normas, pueden ser interpretados como reglas o principios. Una norma iusfundamental puede comportarse en parte como una regla y en parte como un principio. (CLÉRICO, 2009, p. 29)

³⁵ Parte das reflexões expostas nesta parte do trabalho já foi exposta em artigo anterior deste autor, intitulado “O caso da escola malcuidada” (CARNEIRO, 2014).

uma regra, “[...] sabe-se de antemão que não existem colisões com outros direitos e bens jurídicos que possam ser resolvidas mediante a ponderação”,³⁶ haja vista que a regra tem um conteúdo plenamente determinado (BOROWSKI, 2007, p. 77, tradução nossa). Se uma regra de direito fundamental entra em conflito com outra regra de direito fundamental, uma delas é inválida e deve ser expungida do ordenamento jurídico. Então, se assim é, os direitos fundamentais garantidos mediante regras não são restringíveis, pois “[...] se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto” (SILVA, 2010, 45), ou seja, “As regras conduzem necessariamente a posições jurídicas não suscetíveis de restrição”³⁷ (BOROWSKI, 2007, p. 78, tradução nossa). Assim, os direitos previstos em normas qualificadas como regras são aplicáveis por subsunção, ou seja, basta que se demonstre que eles se incluem no comando normativo.

O mesmo não ocorre com os direitos fundamentais garantidos por normas qualificadas como princípios. Nos casos em que se empresta aos direitos fundamentais uma natureza principiológica, eles passam a ser vistos como mandamentos de otimização, cuja realização dá-se na maior medida possível dentro das condições jurídicas e fáticas existentes. A par disso, os direitos fundamentais são aplicáveis de acordo com o método do sopesamento, o que significa que os princípios que lhes dão suporte devem ser contrastados com princípios colidentes, estabelecendo-se uma relação condicionada de precedência. E o mais interessante: não tendo natureza de regra, os direitos fundamentais não funcionam na lógica do “tudo ou nada”, não sendo aplicáveis por mera subsunção como prescrições que, sendo válidas, ou são atendidas integralmente ou simplesmente não são atendidas.

Ao aprofundar a análise, revela-se um aspecto central dos direitos fundamentais entendidos como princípios: como mandamentos de otimização, cuja realização depende das condições fáticas e jurídicas existentes, os direitos fundamentais são necessariamente direitos restringíveis, pois seriam direitos irrestringíveis apenas se a sua realização não se submetesse a nenhuma condição. Em contrapartida à restringibilidade, a classificação dos direitos fundamentais como

³⁶ [...] se sabe de antemano que no existen colisiones com otros derechos y bienes jurídicos que puedan ser resueltas mediante la ponderación. (BOROWSKI, 2007, p. 77)

³⁷ Las reglas conducen necesariamente a posiciones jurídicas no susceptibles de restricción. (BOROWSKI, 2007, p. 78)

mandamentos de otimização implica que, antes da verificação das condições fáticas e jurídicas existentes, busque-se a sua máxima realização. Ou seja: como ponto de partida, deve-se procurar a satisfação total do direito fundamental; eventuais restrições só podem ocorrer em um segundo momento e dizem respeito a condicionantes externas ao direito. Lembre-se que, enquanto princípios, os direitos fundamentais “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível” (ALEXY, 2008, p. 90).

Essa característica de restringibilidade dos direitos fundamentais vertidos em normas qualificadas como principiológicas é bem destacada por Virgílio Afonso da Silva:

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. (SILVA, 2010, p. 45)

Como visto, aceitar a natureza principiológica dos direitos fundamentais implica a ideia de realização máxima de tais direitos fundamentais associada à possibilidade de restrições. Há, assim, um direito *prima facie*, garantido pela norma, que só se tornará um direito definitivo depois de submetido ao sopesamento com princípios colidentes. Essa ideia, propugnada pela teoria dos princípios de Robert Alexy para a generalidade dos direitos fundamentais, está estreitamente relacionada à teoria externa no que toca à demarcação das fronteiras dos direitos fundamentais e à identificação da abrangência da garantia conferida pelas normas que os preveem. (SILVA, 2009, p. 139)

A teoria externa pressupõe que, ao lado de um direito, há as restrições que sobre ele incidem - um e outro são objetos jurídicos distintos. Por sua vez, a teoria interna, que lhe é oposta, defende que existe somente o direito com seu conteúdo devidamente delimitado - os limites são imanentes ao direito, com ele compondo um único objeto jurídico. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o *direito e seus limites (imanentes)*, a teoria externa divide esse objeto em dois: o *direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*” (2010, p. 138). Ora, é fácil notar que a teoria externa guarda sintonia com a teoria dos princípios, ao se lembrar que esta última toma, como ponto de partida, a ideia de realização máxima dos direitos fundamentais. Tanto a teoria externa quanto a teoria dos princípios defendem que os limites de um

direito são estabelecidos por fatores que lhe são externos; assim, se os limites são definidos externamente, o direito, em princípio, é ilimitado - por isso, a perspectiva da teoria dos princípios implicaria o fortalecimento dos direitos fundamentais, ao partir do pressuposto de que, de início, tais direitos são ilimitados. Em suma: para ambas as teorias, há um direito *prima facie* ilimitado, que, ao sofrer restrições baseadas em princípios colidentes, torna-se um direito definitivo limitado. Ressalte-se que as restrições são identificáveis apenas em um caso concreto, pois o que se restringe é o exercício do direito, cujo âmbito é determinado pelo direito definitivo, e não o seu conteúdo, que pertence ao direito *prima facie*.

Em resumo: um direito fundamental garantido por uma norma qualificada como regra é um direito irrestringível, reconhecível por subsunção; por sua vez, um direito fundamental garantido por uma norma qualificada como princípio é um direito *prima facie* restringível, que deve se submeter ao sopesamento com princípios colidentes para se converter em direito definitivo.

2.2.3 Determinação do suporte fático dos direitos fundamentais³⁸

A restringibilidade dos direitos fundamentais garantidos em normas qualificadas como princípios pode levar à conclusão de que uma proteção reforçada a tais direitos exige que as normas que os consagram devem ser vistas como regras, pois direitos postos em regras são irrestringíveis. Imprimir às normas de direitos fundamentais o caráter de princípios as enfraqueceria, ao passo que conceder-lhes o caráter de regras as fortaleceria. Ora, essa conclusão, para Robert Alexy, não é acertada.

As restrições aos direitos fundamentais tratam do lado negativo da garantia de tais direitos, ou seja, daquilo que é excluído do âmbito de proteção a eles conferido. Para ver a questão pelo lado positivo, falando daquilo que é protegido, é preciso definir o suporte fático das normas de direitos fundamentais – em outras palavras, definir o conjunto das hipóteses fáticas que condicionam a incidência dessas normas e que acarretam a produção de consequências jurídicas. Para demarcar a amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais, é possível adotar

³⁸ Parte das reflexões expostas nesta parte do trabalho já foi exposta em artigo anterior deste autor, intitulado “O caso da escola malculhada” (CARNEIRO, 2014).

teorias que se baseiam na existência de um suporte fático restrito ou teorias que se baseiam na existência de um suporte fático amplo.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a característica principal das teorias defensoras de um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é “[...] a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”. Assim, por exemplo, a liberdade religiosa não poderia ser invocada para efetuar sacrifícios humanos, e a liberdade artística não poderia ser invocada por alguém que quisesse pintar no meio de um cruzamento viário. As formas de argumentação sustentadas em teorias do suporte fático restrito não admitem a restringibilidade de um direito fundamental, e tampouco a colisão entre direitos fundamentais; em vez disso, sustentam, por exemplo, a necessidade de buscar a essência de cada direito fundamental, por meio de uma interpretação genética ou sistemática, ou de buscar a “[...] precisa *delimitação* da amplitude fática de cada um desses direitos”, como advogado por Friedrich Müller. (SILVA, 2010, p. 79-94)

Por seu turno, as teorias que preconizam a existência de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais têm por preocupação central o cabimento da intervenção estatal em uma situação que, *prima facie*, ajusta-se ao contido em uma norma de direito fundamental. Nos termos das teorias que pressupõem um suporte fático amplo, deve ser compreendida no âmbito de proteção de um direito fundamental “[...] toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental [...], *independentemente de outras variáveis*”. Isso não traz como consequência a consagração dos direitos fundamentais como direitos absolutos, pois a definição do âmbito de proteção é tão somente a determinação do que se qualifica como direito *prima facie*. Esse direito *prima facie*, submetido ao sopesamento com princípios colidentes atinentes a outros direitos fundamentais, pode ou não se tornar um direito definitivo: converter-se-á em direito definitivo se não houver fundamentação constitucional para sua restrição; se, ao contrário, houver fundamentação constitucional para sua restrição, não se converterá em direito definitivo. (SILVA, 2010, p. 108-111)

Como se pode perceber, há um paralelismo entre as teorias que defendem um suporte fático restrito e a teoria interna das restrições a direitos fundamentais: um direito fundamental é irrestringível porque já está perfeitamente delimitado, devendo apenas ser interpretado. Da mesma forma, há um paralelismo entre as teorias que defendem um suporte fático amplo e a teoria externa das restrições: um direito

fundamental é restringível porque não está perfeitamente delimitado, sendo que sua delimitação exige o recurso ao sopesamento.

Para Robert Alexy, as teorias que defendem um suporte fático restrito dos direitos fundamentais pecam por não deixarem claros os motivos para a exclusão de determinadas situações do âmbito de proteção de um direito fundamental, levando-se em conta que tais situações, em princípio, incluir-se-iam nesse âmbito. Para o autor, os defensores do suporte fático restrito, ao invocarem critérios como “a reserva da natureza jurídica dos direitos fundamentais”, disfarçam o recurso ao sopesamento e o reconhecimento da colisão entre direitos fundamentais. Segundo ele, esses critérios, “[...] quando conduzem a resultados justificados, são o resultado de um sopesamento corretamente realizado”. Além disso, a aceitação de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais traria o risco de excluir, de antemão, determinadas posições importantes do âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 322 e 332)

Na mesma linha, Virgílio Afonso da Silva toma partido em favor do reconhecimento de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, tendo em vista que “[...] as exigências que o modelo do suporte fático amplo impõe à argumentação implicam *um maior grau de proteção aos direitos fundamentais*”. Para o autor, quanto maior a extensão do âmbito de proteção de um direito fundamental, maior a extensão do conceito de intervenção em um direito fundamental. Disso decorre que todo e qualquer ato que possa significar uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental deve ser justificado para que seja caracterizada como uma restrição constitucionalmente aceita; caso contrário, será encarada como uma violação inconstitucional. (SILVA, 2010, p. 111)

Com base nessas ideias, Virgílio Afonso da Silva formulou o seguinte esquema para delimitar o suporte fático de uma norma de direito fundamental, partindo dos modelos de Robert Alexy e de Martin Borowski:

[...] se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC (IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx). (2010, p. 75)

Esse esquema representa como se devem compreender os direitos fundamentais vertidos em normas qualificadas como princípios: a

discussão acerca de uma posição de direito fundamental (x) envolve a consideração das razões que justificam uma intervenção restritiva (IEx). Observe-se que, em consonância com a ideia de mandamento de otimização, a fim de proporcionar a realização máxima de um direito fundamental, deve ser incluído em seu âmbito de proteção “[...] tudo aquilo que apresentar uma característica que - considerada isoladamente - seja suficiente para a subsunção ao suporte fático” (ALEXY, 2008, p. 322). Ou seja: deve-se partir do pressuposto de que o âmbito de proteção abarca toda ação, fato, estado ou posição jurídica que faça parte do âmbito temático ou do âmbito da vida de um direito fundamental, nos termos do que preconiza a denominada teoria do suporte fático amplo (SILVA, 2010, p. 73). Eventuais limitações necessárias não de ser consideradas em um segundo momento e consideradas como intervenções no direito fundamental, independentemente de seu mérito. Lembre-se que a posição incluída no âmbito de proteção somente ativa consequências jurídicas caso se apoie em um princípio que detenha maior peso que os princípios embaixadores das restrições - se esse princípio detiver um peso menor, não se produzem as consequências associadas ao direito fundamental.

Para sintetizar o que foi visto acima, pode-se dizer que, de acordo com a ideia de suporte fático amplo, insere-se no âmbito de proteção de um direito fundamental tudo aquilo que faça parte de seu âmbito temático, sem levar em consideração outras variáveis, constituindo um direito *prima facie*. Esse direito *prima facie* inserível no âmbito temático deve ser contrastado com princípios colidentes, e, se tais princípios colidentes não contarem com fundamentação constitucional, o direito *prima facie* torna-se definitivo, surtindo a consequência que lhe é típica; se, ao contrário, os princípios colidentes contarem com fundamentação constitucional e forem mais relevantes (mais pesados) que o direito *prima facie*, ele não se torna definitivo e não produz os efeitos que lhe são correspondentes. Com essas características, a ideia de suporte fático amplo proporciona uma melhor proteção aos direitos fundamentais que a ideia de suporte fático restrito, que exclui de antemão determinadas situações do âmbito de proteção de tais direitos sem lastrear essa exclusão em uma fundamentação adequada.

2.2.4 Direitos fundamentais como princípios

Em sua “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy defende um modelo combinado de regras e princípios para identificar as normas de direitos fundamentais, derivado da ligação entre um nível de

princípios e um nível de regras: ao primeiro pertenceriam “[...] todos os princípios que, sob a Constituição alemã, sejam relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais”, ao passo que ao segundo nível pertenceriam as normas que expressam “[...] uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos”. (2008, p. 135-136 e p. 139)

Com muita propriedade, Robert Alexy aponta a existência de normas de direitos fundamentais de caráter duplo, que agregam tanto o nível das regras quanto o nível dos princípios. De uma disposição de direito fundamental pode-se extrair uma regra, normalmente incompleta, contendo uma cláusula de restrição que faz referência a princípios e à necessidade de sopesamento. Um exemplo desse tipo de norma seria a que estabelecesse “é proibido estacionar aqui, salvo em caso de urgência” - a proibição é prontamente inteligível e constitui uma regra, ao passo que a cláusula que restringe a incidência da norma tem natureza principiológica e só pode ser entendida por uma ponderação feita em cada caso concreto.

Vê-se, pois, que a teoria de direitos fundamentais proposta por Robert Alexy inclui regras e princípios, sendo de se observar que a sua “teoria dos princípios” “[...] é o modelo misto e não o modelo puro de princípios” (LUDWIG, 2014, p. 435). Contudo, é inegável que a teoria dos princípios, por ele propugnada, notabiliza-se por preconizar que determinadas normas de direitos fundamentais têm natureza principiológica e por sistematizar um método para a extração de tais normas.³⁹ Assim, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy traça um caminho para assegurar a normatividade dos direitos fundamentais qualificados como princípios – basicamente, o método do sopesamento. A importância disso é evidente, dado o papel relevante que os princípios desempenham no âmbito do Direito Constitucional (CLÉRICO, 2009, p. 29). A presença de disposições consagradoras de princípios no texto constitucional, com a vagueza, a ambiguidade e a indeterminação de sentido que lhes são características, deve ser vista como uma técnica adotada pelo constituinte para fixar padrões regulatórios gerais, aplicáveis a um conjunto indefinido de

³⁹ Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva observa que um dos elementos característicos da teoria dos princípios é a definição de direitos fundamentais como princípios, embora não ignore a existência de direitos fundamentais que têm a estrutura de regras. (SILVA, 2011, p. 244)

circunstâncias.⁴⁰ Como é impossível prever as múltiplas combinações de circunstâncias que podem ocorrer no futuro, uma regulação eficiente há de estar provida de uma textura aberta capaz de operar em casos não previstos quanto de seu estabelecimento. Isso implica uma transferência do poder de determinação do sentido da regulação: quem instituiu a regulação “delega” esse poder para quem a aplicará – no caso do Direito Constitucional, do constituinte para os agentes dotados de jurisdição constitucional.⁴¹ Esse fenômeno é explicado por Herbert Hart:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p. 148)

Dada a textura aberta das disposições de direitos fundamentais que contêm normas de natureza principiológica, e dada a insuficiência do método da subsunção para realizar a regulamentação desses direitos, a teoria de Robert Alexy mostra-se valiosa ao agregar elementos que auxiliam na sua inteligibilidade.⁴² A seguir, tratar-se-ão de formulações que representam o processo de determinação normativa do conteúdo das normas de direitos fundamentais qualificadas como princípios.

⁴⁰ Saliente-se que a própria qualificação de uma disposição como consagradora de uma regra ou de um princípio é algo que depende de uma interpretação – por vezes, uma disposição pode funcionar como princípio, e, em outros, como uma regra. (LUDWIG, 2014, p. 434)

⁴¹ *Mutatis mutandis*, são oportunas a respeito as seguintes observações de Hans Kelsen: “[...] o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre – em correspondência com a natureza desta norma geral – sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar o alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças.” (1998, p. 389)

⁴² Martin Borowski observa que, como consequência da forma lapidar com que os direitos fundamentais são positivados, os casos de direitos fundamentais só podem ser resolvidos mediante uma ponderação de princípios, da qual resulta uma determinação normativa que traçará a solução a ser dada. (BOROWSKI, 2007, p. 55-56)

2.2.4.1 A regra da proporcionalidade

Entender que há normas de direitos fundamentais qualificadas como princípios significa entender, nos termos do proposto por Robert Alexy, que há normas de direitos fundamentais que constituem “mandamentos de otimização”, que, como tais, “[...] ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. (ALEXY, 2008, p. 90)

Aceitar a natureza principiológica de normas de direitos fundamentais implica buscar a realização de seus preceitos na maior medida possível, respeitadas e avaliadas as condições fáticas e jurídicas presentes no momento de sua aplicação. Ou seja: nos termos do defendido por Robert Alexy, a realização do contido em normas de direitos fundamentais com caráter de princípio exige o exame prévio das condições fáticas e jurídicas vigentes no momento de sua aplicação - aliás, a necessidade desse exame compõe a própria definição de princípio dada por esse autor.

O exame das possibilidades fáticas e jurídicas para determinar em que medida será realizado o contido em normas de direitos fundamentais de natureza principiológica deve pautar-se pela “regra da proporcionalidade”⁴³, uma regra de segundo nível que define a forma de aplicação de outras normas - em outras palavras, uma metanorma. A regra da proporcionalidade exige a observância de três etapas na avaliação de medidas estatais restritivas de direitos fundamentais: na primeira, afere-se a adequação da medida; na segunda, a necessidade; e, na terceira, a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras dizem respeito às possibilidades fáticas de realização dos direitos fundamentais, ao passo que a última etapa concerne às possibilidades

⁴³ Laura Clérico esclarece que a expressão “regra da proporcionalidade” é preferível à expressão “princípio da proporcionalidade”, pois a proporcionalidade não é objeto de sopesamento, pelo contrário: ela determina a forma como devem ser sopesados os verdadeiros objetos do sopesamento (CLÉRICO, 2009, p. 30-31). Virgílio Afonso da Silva também prefere a expressão “regra da proporcionalidade” à expressão “princípio da proporcionalidade”, lembrando que ela estabelece um dever definitivo, e não um dever *prima facie*, como os princípios. Esse autor também rejeita a expressão “máxima da proporcionalidade”, por dar a impressão de que a aplicação da proporcionalidade seria uma mera recomendação, e não um dever, e a expressão “postulado normativo aplicativo”, haja vista que esta não contribuiria para um incremento de clareza conceitual. (SILVA, 2010, p. 168-169)

jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 118)

Na avaliação acerca da adequação de uma medida estatal restritiva de direitos fundamentais perquire-se acerca de sua idoneidade para proporcionar ou favorecer o atingimento de um objetivo legítimo perseguido pelo Estado (BOROWSKI, 2007, p. 130). Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, o teste da adequação “[...] é absoluto e linear”, referindo-se “[...] pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo [...]”. (SILVA, 2010, p. 171)

Por sua vez, no exame da necessidade de uma medida estatal restritiva de direitos fundamentais questiona-se acerca da possibilidade de atingimento do fim colimado pelo Estado, de forma igualmente eficaz, mediante a adoção de medidas alternativas que afetem em menor intensidade o direito fundamental a ser atingido. Essa etapa de aplicação da regra da proporcionalidade é descrita da seguinte maneira por Virgílio Afonso da Silva:

[...] vamos supor que o Estado lance mão da medida M_1 , que limita o direito fundamental D mas promove o objetivo O . Se houver uma medida M_2 , que, tanto quanto M_1 , seja adequada para promover *com igual eficiência* o objetivo O , mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então, a medida M_1 , utilizada pelo Estado, não é necessária. (SILVA, 2010, p. 171)

No exame da necessidade investigam-se medidas alternativas de consecução dos objetivos estatais que, tendo a mesma eficácia que a medida escolhida pelo Estado, afetem os direitos fundamentais contrastantes em um grau menor que esta última. Portanto, esse exame é “imprescindivelmente comparativo”, e nele são consideradas duas variáveis: “(1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido” (SILVA, 2010, p. 171). Martin Borowski observa que não se pode considerar como medida alternativa aquela que, apesar de ser eficaz para o atingimento do objetivo estatal e de ser menos restritiva ao direito fundamental atingido, implica prejuízo a outras posições constitucionais. (BOROWSKI, 2007, p. 130)

Por sua vez, a terceira etapa de aplicação da regra da proporcionalidade envolve a análise da proporcionalidade em sentido estrito da medida estatal restritiva de direitos fundamentais. Nessa fase, faz-se um sopesamento ou ponderação entre, de um lado, a gravidade ou a intensidade da restrição a um direito fundamental, e, de outro lado, a importância ou o peso das razões que justificam essa restrição

(BOROWSKI, 2007, p. 131). A finalidade dessa terceira etapa é evitar possíveis exageros que não seriam filtrados pelos outros dois exames, haja vista que “[...] uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional” (SILVA, 2010, p. 174). Assim, para utilizar um exemplo grosseiro, a quebra irrestrita do sigilo da correspondência eletrônica pode ser considerada um meio adequado e necessário para combater a divulgação de materiais proibidos via *Internet*, mas dificilmente pode ser considerada um meio proporcional em sentido estrito.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, em determinados casos, a determinação do conteúdo de uma norma de direito fundamental qualificada como princípio requer apenas o exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, requer apenas o recurso ao sopesamento. Isso aconteceria naqueles casos em que o direito fundamental não é restringido por uma medida estatal, de forma que o exame da adequação e da necessidade restaria inviabilizado pela inexistência do parâmetro a ser avaliado. O autor observa que a restrição a um direito fundamental “[...] é veiculada por meio de regra presente em texto normativo infraconstitucional”, sendo que esta regra seria passível de ser avaliada sob o ângulo da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, nas situações em que não há esse tipo de regra, os princípios de direito fundamental deveriam ser aplicados diretamente ao caso concreto, devendo haver “[...] apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na solução do caso concreto”. (SILVA, 2010, p. 178-179)

A observância da regra da proporcionalidade pressupõe um confronto entre princípios: de um lado, um princípio favorável à medida estatal restritiva, e, de outro lado, um princípio contrário à medida estatal restritiva - ou um confronto entre princípios favoráveis ao direito fundamental e princípios que lhe são contrários, nos casos em que não há medida restritiva. Há, então, um entrelaçamento de princípios que deve ser solucionado para se decidir qual deles deve prevalecer. Esse problema é abordado por Robert Alexy na “lei de colisão”.

2.2.4.2 A lei de colisão

Nos termos da teoria de direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, por meio de uma disposição de direito fundamental pode ser estatuída uma norma contendo um princípio. No caso de um princípio previsto em uma norma de direito fundamental em sentido

contrário a outro princípio previsto em norma da mesma natureza, um deles deverá ser suplantado pelo outro, que terá precedência. No entanto, o princípio “derrotado” não será declarado inválido, pois a relação de precedência de um princípio sobre outro é limitada ao caso na qual essa relação foi estabelecida. Assim, em outros casos, “[...] a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”, de maneira que o princípio “derrotado” em determinadas situações seja o “vencedor” em outras. (ALEXY, 2008, p. 93)

Tome-se, por exemplo, duas disposições: uma, segundo a qual “é assegurado o respeito à integridade física de todos os cidadãos”; outra, segundo a qual “os cidadãos são livres”. Imagine-se que a primeira disposição consagra o princípio que resguarda o direito à saúde (chamado de P_1) e que a segunda disposição consagra o princípio protetor do direito à liberdade (chamado de P_2). Suponham-se, também, duas situações: estar um fumante inveterado dentro de um hospital especializado no tratamento de doenças pulmonares (chamada de C_1) e estar um fumante inveterado sozinho no meio de um deserto, em uma região completamente desabitada (chamada de C_2). Ora, é ao menos razoável pensar que, na primeira situação, o princípio que resguarda o direito à saúde prevalece sobre o princípio que resguarda o direito à liberdade, levando à incidência de uma norma que diz “é proibido fumar” – norma esta que, sendo aplicável por mera subsunção, constitui uma regra (chamada de R_1). Igualmente, é razoável pensar que, na segunda situação, o princípio que resguarda o direito de liberdade é que deve prevalecer sobre o princípio que resguarda o direito à saúde, levando à incidência de uma norma que diz “é permitido fumar” – norma esta que, do mesmo modo, é aplicável por mera subsunção e tem o caráter de regra (chamada de R_2). Empregando **P** como símbolo de relação de precedência, pode-se representar a primeira situação da seguinte forma: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_1 \rightarrow R_1$; já a segunda situação pode ser representada desta maneira: $(P_2 \mathbf{P} P_1) C_2 \rightarrow R_2$. Tanto R_1 quanto R_2 são regras resultantes de um sopesamento entre princípios contrapostos, constituindo normas de direito fundamental atribuídas. Observa Robert Alexy que “[...] como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”. (ALEXY, 2008, p. 102).

O exemplo acima traçado revela que, havendo colisão entre princípios, estabelece-se uma relação de precedência entre eles que resulta na obtenção de uma regra que expressa a consequência decorrente do princípio prevalecente. Esse fenômeno é explicitado por

Robert Alexy em uma formulação que recebe o nome de “lei de colisão”, segundo a qual “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. (ALEXY, 2008, p. 99)

A lei de colisão expressa dois pontos muito importantes da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: 1) a precedência de um princípio sobre outro vale somente para determinadas situações, não havendo a possibilidade de se estabelecer uma hierarquia entre princípios; e 2) como resultado do sopesamento entre princípios, obtêm-se regras aplicáveis por subsunção.⁴⁴

2.2.4.3 A lei do sopesamento

A lei de colisão enuncia que, havendo um choque entre dois princípios, o impasse deve ser resolvido mediante o estabelecimento de uma relação de precedência entre eles, válida somente para a situação concreta em que houve o confronto. Se é assim, como deve ser fixada essa relação de precedência? Quais elementos devem ser levados em consideração? Robert Alexy responde a essas indagações com a chamada “lei do sopesamento”.

A lei do sopesamento não fixa critérios de determinação da relação de precedência entre princípios colidentes, de forma que da sua observância não advém a identificação do princípio “vencedor” no caso concreto. Essa lei “[...] não oferece uma pauta material para a solução da colisão, mas sim um procedimento para a justificação da decisão”⁴⁵, e tampouco auxilia na mensuração da intensidade da restrição ou satisfação de um direito fundamental no caso concreto (CLÉRICO, 2009, p. 196, tradução nossa). Em vez de traçar a solução para a tensão entre princípios, a lei do sopesamento limita-se a indicar os fatores que devem ser considerados na justificação da relação de precedência.

⁴⁴ Por esse motivo, observa Robert Alexy que “[...] mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios [...] ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras”. (ALEXY, 2008, p. 102)

⁴⁵ “[...] la ley de ponderación no ofrece una pauta material para la solución de la colisión, sino un procedimiento para la justificación de la decisión”. (CLÉRICO, 2009, p. 196)

Os fatores que, de acordo com a lei do sopesamento, devem ser considerados no estabelecimento da relação de precedência condicionada entre princípios são os seguintes: o grau de não realização, interferência, restrição ou limitação de um direito fundamental com caráter de princípio (1) e a importância do grau de realização ou satisfação de outro direito fundamental com caráter de princípio cuja promoção se busca na situação concreta (2). Esses fatores são expressos pela lei do sopesamento formulada por Robert Alexy do seguinte modo: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 2008, p. 167)

Note-se que a lei do sopesamento não requer a comparação entre o grau de satisfação de um princípio com o grau de não satisfação do princípio colidente, mas requer, isto sim, a comparação entre a *importância da satisfação* de um princípio com o grau de não satisfação de outro princípio colidente. Por isso, não se pode excluir a hipótese de haver o sacrifício total de um princípio caso se considere extremamente importante a satisfação de outro princípio colidente em determinada situação concreta. Por outro lado, a afetação mínima de um princípio está desautorizada caso a satisfação do princípio colidente não detenha importância.

À lei do sopesamento acima descrita, chamada de “lei material do sopesamento”, Robert Alexy agrega a lei epistêmica do sopesamento, segundo a qual “Quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (2008, p. 618). As premissas em relação às quais exige-se certeza podem ser tanto empíricas quanto normativas. As premissas empíricas dizem respeito ao exame da adequação e da necessidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, concernindo aos efeitos por elas produzidos para promover o fim estatal almejado e às repercussões por elas acarretadas em outras posições de direito fundamental. Por sua vez, as premissas normativas concernem à quantificação dos direitos fundamentais em jogo. (ALEXY, 2008, p. 612-622)

A lei epistêmica do sopesamento, assim como a lei material do sopesamento, não indica parâmetros para solucionar a colisão de princípios e para estabelecer a relação de precedência entre eles, e tampouco prescreve critérios para medir o grau de satisfação ou o grau de sacrifício de um princípio. Ela apenas fixa a necessidade de correspondência entre a intensidade de restrição a um direito fundamental e o grau de certeza das premissas que a justificam.

Para entender como a lei do sopesamento opera, tome-se o exemplo hipotético do item anterior: para justificar a decisão de proibir o ato de fumar em um hospital especializado no tratamento de doenças pulmonares, a lei do sopesamento, em sua vertente material, exige que a afetação do princípio que resguarda o direito de liberdade - provocada pela proibição de fumar - seja suplantada pela importância de satisfação do princípio que resguarda o direito à saúde - no caso, dos pacientes vítimas de doenças pulmonares. Já em sua vertente epistêmica, a lei do sopesamento requer que a intensidade da restrição ao direito de liberdade seja correspondente à certeza das premissas nas quais essa restrição se baseia - se se entende que a restrição ao direito de liberdade é pequena, seriam suficientes meros indícios de que o ato de fumar causa danos ao tratamento de doenças pulmonares e um mero juízo de plausibilidade de que a proteção do direito à saúde exigiria, no caso concreto, a adoção da proibição de fumar.

O exercício realizado acima demonstra que a lei do sopesamento apenas relaciona os elementos a serem considerados no estabelecimento da relação de precedência, não auxiliando na determinação do princípio “vencedor” e do princípio “derrotado”. Ela não é útil para definir, por exemplo, o grau de importância da satisfação do direito à saúde dos pacientes de doenças pulmonares e o grau de sacrifício do direito à liberdade dos fumantes; ela também não ajuda a aferir a certeza das premissas para a proibição de fumar. Essas questões não são objeto da lei do sopesamento e, para respondê-las, podem ser levantados todos os argumentos disponíveis na argumentação jurídica, ou seja, argumentos provenientes “[...] da dogmática, dos precedentes, práticos em geral, empíricos e formais, tais como aqueles relacionados com o princípio de respeito à vontade do legislador eleito democraticamente”.⁴⁶ (CLÉRICO, 2009, p. 197, tradução nossa)

Ou seja: a lei do sopesamento diz o que deve ser justificado; o problema concernente a *como* justificar é assunto para a argumentação jurídica. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que o modelo de sopesamento baseado na teoria dos princípios “[...] vincula a estrutura formal do sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica que inclui uma teoria da argumentação prática geral”. (ALEXY, 2008, p. 176)

⁴⁶ “[...] de la dogmática, de precedentes, prácticos en general, empíricos, formales, tales como aquellos referidos con el principio de respecto de la voluntad del legislador elegido democráticamente.” (CLÉRICO, 2009, p. 197)

2.2.4.4 A fórmula do peso

A lei do sopesamento, em sua vertente material, relaciona o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio à importância do princípio colidente, e, em sua vertente epistêmica, relaciona a intensidade da intervenção em um direito fundamental à certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia. Esses fatores são inseridos na “fórmula do peso”, que “[...] complementa as leis de colisão e do sopesamento”. (ALEXY, 2008, p. 604)

A fórmula do peso, desenvolvida por Robert Alexy, retrata o peso de um princípio afetado por uma medida estatal (P_i) em uma situação determinada de colisão (C) em relação a outro princípio a ser satisfeito (P_j), ou seja, expressa o seu peso concreto - para ser mais claro: o peso relativo de um princípio quando confrontado com outro princípio em uma dada circunstância concreta ($GP_{i,j}C$). Na fórmula do peso entram as seguintes variáveis: a intensidade da intervenção no princípio a ser afetado no caso concreto pela medida estatal (IP_iC) (1); a importância de satisfação do princípio colidente, que corresponde justamente à intensidade da intervenção hipotética no princípio colidente caso não haja a intervenção no princípio a ser afetado - ou seja: a importância diz respeito às consequências possíveis para P_j no caso de *não* IP_iC (WP_jC) (2); o peso abstrato do princípio a ser afetado (GP_iA) (3); o peso abstrato do princípio a ser satisfeito (GP_jA) (4); a segurança das suposições empíricas que baseiam a intervenção no princípio a ser afetado (SP_iC) (5); e a segurança das suposições empíricas a respeito da promoção do princípio colidente pela medida estatal (SP_jC) (6). Com essas variáveis, a fórmula do peso se apresenta da seguinte maneira:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Robert Alexy estabelece uma escala triádica para a medição da intensidade da intervenção no princípio afetado e da importância de satisfação do princípio colidente, dividida em “leve”, “moderada” e “séria”. A cada uma das divisões da escala são atribuídos valores matemáticos: 2^0 para leve, 2^1 para moderada, e 2^2 para séria. Da mesma forma, o autor estabelece uma escala triádica para representar a segurança das suposições empíricas, dividida nos níveis epistêmicos certo ou garantido (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e), atribuindo-lhes respectivamente os valores 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} .

Utilizando-se esses números, pode-se calcular se o princípio afetado (P_i) tem precedência sobre o princípio a ser satisfeito (P_j); se o valor do peso concreto de P_i for maior que 1, ele detém precedência; se for menor, é P_j que detém precedência. (ALEXY, 2008, p. 605-606 e 619)

Para testar o funcionamento da fórmula do peso em um caso concreto, mencione-se novamente o exemplo hipotético da proibição de fumar dentro de um hospital destinado ao tratamento de doenças pulmonares. A interferência que a referida proibição acarreta ao direito de liberdade pode ser classificada como leve, ao passo que a importância da satisfação do princípio colidente pode ser classificada como séria; por sua vez, pode-se considerar que a segurança das suposições empíricas sobre o que importa a medida para a afetação do direito de liberdade é certa, podendo-se considerar igualmente como certa a segurança das suposições empíricas sobre o que a medida importa para a realização do direito à saúde - supondo-se que está comprovado que o ato de fumar próximo aos portadores de doenças pulmonares prejudica a recuperação deles; por fim, pode-se atribuir ao direito de liberdade e ao direito à saúde o mesmo peso. Assim, nesse exemplo hipotético o peso concreto do princípio que resguarda o direito à liberdade seria obtido da seguinte forma:

$$GP_{ij}C = \frac{1 \cdot 1 \cdot 1}{4 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{1}{4} = 0,25; \text{ sendo } 0,25 < 1, P_j \text{ prevalece}$$

Atribuídos os valores às variáveis na forma acima indicada, o princípio que resguarda o direito à saúde prevalece sobre o princípio que resguarda o direito à liberdade, de forma que a proibição de fumar, baseada naquele princípio, deteria precedência.

Ressalte-se que a fórmula do peso não deve ser vista como “[...] um procedimento algorítmico que produz a única resposta correta em todos os casos”^{47 48}, operando apenas como a fonte de uma “[...] clara

⁴⁷ “[...] as algorithmic procedure which produces the right one answer in all cases”. (PULIDO, 2006, p. 109)

⁴⁸ É facilmente perceptível que a fórmula do peso não dita a resposta correta a ser dada no caso concreto; ela só explicita como se decide. No exemplo hipotético citado acima, se se der ao princípio protetor do direito de liberdade um peso abstrato no valor 3, e ao princípio protetor do direito à saúde um peso abstrato no valor 1, e se se considerar que as premissas empíricas que fundamentam a proibição de fumar em hospitais destinados ao tratamento de

estrutura argumentativa que ajuda a clarificar as diferentes variáveis relevantes no sopesamento de princípios colidentes [...]”,⁴⁹ tornando explícitos “[...] todos os elementos que o juiz deve levar em consideração, e todas as decisões que precisam ser justificadas”,⁵⁰ (PULIDO, 2006, p. 109, tradução nossa). Seu grande papel é o de dar transparência ao processo decisório, mostrando com clareza o raciocínio desenvolvido na solução dada para a colisão entre princípios.

2.3 CONDIÇÕES DE RECONHECIMENTO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DEFINITIVO

Tratada a questão da importância da argumentação jurídica em Robert Alexy e explanados aspectos destacados da sua “Teoria dos direitos fundamentais”, cabe examinar o modo como esse autor trabalha especificamente o tema dos direitos fundamentais sociais. Esses direitos são chamados por ele de “direitos a prestação em sentido estrito”, como parte do conjunto mais amplo dos “direitos a ações estatais positivas”.

Parece evidente a conexão existente entre o problema abordado neste trabalho e o tema dos direitos fundamentais sociais. O que se discute neste trabalho é o problema da delimitação judicial do direito à saúde, e o direito à saúde é tido como um direito fundamental social em nosso país, mesmo porque a Constituição Federal o lista como tal em seu artigo 6º, ao incluí-lo no capítulo II do título II, nomeado “Dos direitos e garantias fundamentais” (BRASIL, 1988). Para dizer que o direito à saúde não é um direito fundamental social, seria necessário confrontar o contido em várias decisões do Supremo Tribunal Federal, como as já citadas (BRASIL, 1997, 2007, 2009, 2010 2013b, 2014a, 2014b). A par disso, seria necessário contrariar o magistério de parte respeitável da doutrina constitucional brasileira, para quem o direito à

doenças pulmonares são apenas plausíveis, atribuindo-lhes um valor 2^{-1} ($1/2$) (entendendo-se que não estão suficientemente provados os males do fumo passivo), a equação seria resolvida da seguinte forma: $GP_{ij}C = (1 \cdot 3 \cdot 1) / (4 \cdot 1 \cdot 0,5) = 3/2 = 1,5$. Assim, o princípio protetor do direito de liberdade teria um peso concreto maior que 1 e prevaleceria, de forma que a “seriedade” da importância do princípio colidente não compensaria a “leveza” da sua afetação.

⁴⁹ “[...] a clear argumentative structure that helps clarifying the different relevant variables when balancing conflicting principles”. (PULIDO, 2006, p. 109)

⁵⁰ “[...] all the elements the judge should take into account, and all decisions that need be justified”. (PULIDO, 2006, p. 106)

saúde é, de fato, um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. (LENZA, 2011, p. 974; MORAES, 2007, p. 428 e 2.087 SARLET, 2011, p. 76-77; SILVA, 2005, p. 308)

No entanto, o fato de a lei, a jurisprudência e a doutrina brasileiras enquadrarem o direito à saúde como direito fundamental social não é circunstância suficiente para justificar a exposição do modo como *Robert Alexy* trata os direitos fundamentais sociais. É preciso, então, verificar se o conceito de direitos fundamentais sociais formulado por esse autor abarca o direito à saúde. Felizmente, essa tarefa não envolve nenhuma dificuldade, pois tais direitos são conceituados na “Teoria dos direitos fundamentais” da seguinte maneira:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 499)

Como se pôde ler, Robert Alexy inclui expressamente o direito à assistência à saúde no conjunto dos direitos fundamentais sociais, de forma que as reflexões por ele desenvolvidas a respeito do assunto interessam a este trabalho. Assim, afigura-se não equivocados adotar as teses do autor sobre os direitos fundamentais sociais para tentar resolver questões atinentes ao direito à saúde - ao menos à primeira vista.

Apesar de respondida a indagação acerca do pertencimento do direito à saúde ao grupo dos direitos fundamentais sociais, não é de todo dispensável refletir sobre o conceito de direitos fundamentais sociais elaborado por Robert Alexy. Veja-se que o autor concebe o direito fundamental social como um direito do indivíduo em face do Estado (1), a algo que esse mesmo indivíduo poderia obter de particulares, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado (2).

Analisando-se o conceito com mais vagar, nota-se que Robert Alexy exclui a possibilidade de reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais sociais perante particulares,⁵¹ não se podendo falar, por

⁵¹ Em sentido contrário ao conceito de Robert Alexy, Antonio Enrique Pérez Luño caracteriza como de “caráter ideológico” a negação de reconhecimento da

exemplo, em uma “[...] eficácia horizontal do direito à saúde”, e, em consequência disso, na qualificação de empresas prestadoras de planos privados de saúde como destinatárias dos deveres de proteção relativos a esse mesmo direito (FIGUEIREDO, 2007, p. 94).

Além disso, percebe-se que Robert Alexy confere aos direitos fundamentais sociais a tarefa de suprir uma deficiência de oferta que impossibilitaria o funcionamento perfeito do mercado, partindo do pressuposto de que o funcionamento perfeito do mercado faria com que os bens correspondentes aos direitos fundamentais sociais fossem disponibilizados de acordo com a demanda, de forma a haver uma situação de equilíbrio.⁵² Se os direitos fundamentais sociais constituem um direito do indivíduo a algo que ele poderia obter de particulares se auferisse uma renda suficiente (1) e se houvesse uma oferta suficiente no mercado (2), infere-se, *a contrario sensu*, que tais direitos inexistem se tais condições são satisfeitas - assim, tendo o indivíduo renda suficiente para a aquisição de um bem relativo a um direito fundamental social e havendo oferta no mercado compatível com essa renda, o indivíduo não poderia exigir do Estado o fornecimento desse bem, ou seja, não seria titular do direito fundamental social que lhe é correspondente.

É possível vincular o conceito de direitos fundamentais sociais elaborado por Robert Alexy à ideia de correção das chamadas “falhas de mercado”, verificáveis nas situações “[...] em que não é possível a troca estritamente voluntária”, sendo a voluntariedade afetada pelo monopólio, caso em que “[...] somente é possível escolher o bem do monopolista”, ou pelos chamados “efeitos laterais”, que ocorrem quando ações de indivíduos têm efeitos sobre terceiros que não participaram dessas ações. Um exemplo de falha de mercado é o chamado “poder de mercado”, consistente na capacidade de indivíduos ou empresas de influenciar a formação de preços, excluindo as minorias “[...] que não podem pagar pela mercadoria ou pelo serviço”. (CADEMARTORI; VIEIRA, 2010, p. 96)

A perspectiva que relaciona os direitos fundamentais sociais ao fornecimento de algo que o indivíduo poderia obter de particulares,

eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. (PÉREZ LUÑO, 2006, p. 168-169)

⁵² [...] quando há competição tanto de consumidores quanto de ofertantes, há uma *tendência natural* no mercado para se chegar a uma situação de equilíbrio estacionário - sem filas e sem estoques não desejados pelas empresas. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2000, p. 45)

como forma de suprimir imperfeições do mercado, contrasta com ideias que enxergam em tais direitos a realização de uma finalidade condizente com um determinado perfil do Estado. Luigi Ferrajoli, por exemplo, diz que a garantia estatal de grande parte dos direitos sociais a prestações positivas - como os direitos à subsistência, à previdência, ao trabalho, à saúde e à educação - constitui a base da democracia social ou socialdemocracia, agregando ainda que o fundamento de tais direitos seria o direito à sobrevivência, decorrência natural do direito à vida (2011, v. 2, p. 379). Na doutrina brasileira, José Afonso da Silva liga os direitos sociais à realização estatal do direito de igualdade real, conceituando-os como “[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos [...]”. (SILVA, 2006, p. 286)

As observações feitas acima são úteis para esclarecer por que Robert Alexy vincula o reconhecimento dos direitos sociais ao princípio da liberdade fática ao propor um “modelo de direitos fundamentais sociais”. Nesse modelo, são traçados os procedimentos para a identificação de um direito fundamental social definitivo, que é resultante da colisão entre o princípio da liberdade fática e os princípios que lhe são colidentes em dada situação concreta.

2.3.1 Fórmula de determinação de um direito fundamental social definitivo

Coerente com as teses desenvolvidas ao longo da “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy constrói um modelo de direitos fundamentais sociais que incorpora a ideia de sopesamento entre princípios. Nos termos desse modelo, do entrelcho entre princípios favoráveis e princípios contrários aos direitos fundamentais sociais seriam obtidos os direitos fundamentais sociais definitivos.

Robert Alexy começa por listar argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais. O primeiro argumento favorável é baseado na liberdade, e afirma que a liberdade jurídica, enquanto “[...] permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade *fática* (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas”. O segundo argumento favorável, ligado ao primeiro, sustenta que a liberdade fática de um grande número de pessoas, na moderna sociedade industrial, “[...] depende sobretudo de atividades estatais”. A partir desses argumentos, defende-se o caráter jusfundamental da liberdade fática tendo em vista a sua importância

para o indivíduo, pois para o indivíduo é essencial, por exemplo, “[...] não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo”, sendo que, para ele, “[...] a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma ‘fórmula vazia’”; assim, a caracterização da liberdade fática como direito fundamental serviria à promoção do “[...] livre desenvolvimento da personalidade humana”, na medida em que a liberdade fática é pressuposto de exercício das liberdades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 503-507)

Na sequência, Robert Alexy passa a enumerar os argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais. O primeiro argumento contrário é de natureza formal, e aponta para o seguinte dilema: ou há um deslocamento inconstitucional de competências, retirando do parlamento a atribuição de definir a política social e transferindo-a ao tribunal constitucional, ou há uma violação da cláusula de vinculação do art. 1º, § 3º, da Constituição alemã, segundo o qual “[...] Os direitos fundamentais [...] constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário” (ALEMANHA, 2011, p. 18). De acordo com esse argumento, não é possível a determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais com os critérios fornecidos pelo direito, de maneira que “[...] a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do ‘legislador diretamente legitimado pelo povo’” - o que significa que o dilema existente entre o deslocamento de competências e a vinculatividade dos direitos fundamentais não é resolvido. Por sua vez, o segundo argumento contrário é de natureza substancial, e defende que os direitos fundamentais sociais “[...] são incompatíveis - ou, ao menos, colidem - com normas constitucionais materiais”. O argumento substancial constitui, no tocante às normas constitucionais garantidoras de direitos de liberdade, “[...] um argumento vinculado à liberdade *contra* os direitos fundamentais sociais sustentados em um argumento vinculado à liberdade”. (ALEXY, 2008, p. 507-509)

Levando em conta os argumentos favoráveis e os argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais, Robert Alexy desenvolve um modelo que, mediante o recurso ao sopesamento entre princípios, identifica um direito fundamental social definitivo a partir de um direito fundamental social *prima facie*. Os princípios a serem sopesados são, de um lado, o princípio da liberdade fática (1), e, de outro lado, os

princípios formais da separação dos poderes e do respeito à competência concretizadora do legislador, aliados a princípios materiais a serem afetados no caso concreto (2). O modelo proposto é assim sintetizado:

O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais. Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. (ALEXY, 2008, p. 512)

Como se pode perceber, o modelo de direitos fundamentais sociais aplica a ideia de sopesamento: consideradas razões e contrarrazões e conferidos a estas os respectivos pesos, define-se o princípio que deve prevalecer. Assim, ou se decide que o direito fundamental social *prima facie* converte-se em definitivo - caso em que o princípio da liberdade fática terá primazia - ou se decide que o direito fundamental social *prima facie* não se converte em definitivo - caso em que os princípios colidentes com o princípio da liberdade fática terão precedência. Em resumo, o modelo estabelece que “[...] o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto”. (ALEXY, 2008, p. 517)

Robert Alexy destaca que a competência de controle do tribunal constitucional termina “[...] nos limites do definitivamente devido”, de forma que não se pode obrigar o legislador a satisfazer princípios de direitos fundamentais além dos limites do definitivamente devido (ALEXY, 2008, p. 519). Sendo assim, a satisfação do direito fundamental social *prima facie* excedente ao direito fundamental social definitivo seria algo infenso ao controle judicial, constituindo matéria

estritamente política.

As condições de reconhecimento de um direito fundamental social definitivo delineadas por Robert Alexy são bem sintetizadas por Virgílio Afonso da Silva ao elaborar um esquema representativo do suporte fático desse tipo de direito. O autor, lembrando que na esfera dos direitos sociais a intervenção em um direito fundamental traduz-se em uma omissão ou em uma ação insuficiente, afirma que, havendo uma ação estatal serviente à realização de um direito social, a inércia ou insuficiência estatal há de ser fundamentada constitucionalmente para que não se produza a consequência jurídica ínsita ao direito social⁵³ (SILVA, 2010, p. 78). Ou seja: os princípios colidentes ao direito fundamental social devem ser prevalentes para obstar a conversão de um direito *prima facie* em definitivo.

Rodolfo Arango aponta insuficiências no modelo de direitos fundamentais sociais desenvolvido por Robert Alexy. Segundo ele, esse modelo não é adequado para tratar dos casos em que há omissão estatal absoluta, que ocorreria, por exemplo, em um caso de “inatividade total do legislador em reconhecer um direito fundamental ao mínimo vital”.⁵⁴ O autor observa que, de acordo com o modelo, “[...] uma intervenção judicial de grande envergadura em caso de uma omissão estatal absoluta [...]”⁵⁵ implicaria um sacrifício tão intenso aos princípios da democracia e da divisão de poderes que “[...] de fato a determinação judicial de um direito social fundamental estaria descartada”.⁵⁶ (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 202, tradução nossa)

A fim de suprir o que considera uma fragilidade do modelo de Robert Alexy, Rodolfo Arango elabora o que chama de “modelo do caso extremo”. Segundo o autor, a aplicação do modelo do caso extremo requer o implemento das seguintes condições: “[...] a existência de uma desigualdade fática entre o afetado e outros grupos de destinatários

⁵³ Diz o autor: “Em resumo: se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DS x) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (\neg FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (O x)”. (SILVA, 2010, p. 78)

⁵⁴ “[...] inactividad total del legislador en reconocer un derecho fundamental al mínimo vital”. (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 202)

⁵⁵ “[...] una intervención judicial de gran envergadura en caso de una omisión estatal absoluta [...]”. (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 202)

⁵⁶ “[...] de hecho la determinación judicial de un derecho social fundamental estaría descartada”. (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 202)

jurídicos que leva à exclusão social do primeiro [...]”⁵⁷ (1), aliada a uma situação de necessidade “[...] tão urgente que uma posição jurídica iusfundamental do afetado é posta em perigo de maneira não permissível, por exemplo, no caso de afetação do direito à vida ou à inalienabilidade corporal [...], ou do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”⁵⁸ (2), sendo que essa situação de necessidade não deve ser de responsabilidade do afetado, pois “[...] os direitos sociais fundamentais não são direitos de ajuda, mas sim direitos de autoajuda”.⁵⁹ (3). Presentes as condições acima listadas, haveria uma inversão da carga argumentativa a favor da igualdade fática, obrigando a um tratamento desigual. Desta sorte, no caso de uma omissão absoluta do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais, o ente público estaria eximido da obrigação de tratamento desigual em favor dos desfavorecidos “[...] tão somente se se dessem razões de peso - por exemplo, uma afetação grave à liberdade de configuração legislativa”.⁶⁰ (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 204-206, tradução nossa)

Pode-se encarar o modelo do caso extremo como uma complementação ou detalhamento do modelo de direitos fundamentais sociais proposto por Robert Alexy. Acoplando os dois modelos, pode-se dizer que há um reforço no peso do princípio da liberdade fática em relação ao peso dos princípios colidentes nos casos em que o titular do direito fundamental social *prima facie* é um indivíduo socialmente excluído que corre o risco, a ele não imputável, de sofrer lesão em uma posição jurídica fundamental.

2.3.2 “Empate” e *discrecionalidad*e

O modelo de direitos fundamentais sociais de Robert Alexy afirma a existência de um direito fundamental social quando o princípio

⁵⁷ “[...] la existencia de una desigualdad fáctica entre el afectado y otros grupos de destinatários jurídicos que lleva a la exclusión social del primero [...]”. (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 204)

⁵⁸ “[...] tan urgente que una posición jurídica iusfundamental del afectado se pone en peligro de manera no permisible, por ejemplo, en caso de afectación del derecho a la vida o a la inalienabilidad corporal [...], o del derecho al libre desarrollo de la personalidad [...]” (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 204)

⁵⁹ “[...] los derechos sociales fundamentales no son derechos de ayuda, sino derechos de auto ayuda”. (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 205)

⁶⁰ “[...] tan sólo si se dieran razones de peso - por ejemplo, una afectación grave a la libertad de configuración legislativa”. (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 206)

da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais que lhe são colidentes em determinado caso concreto. A *contrario sensu*, se o princípio da liberdade fática tiver um peso menor que os princípios colidentes, não existiria o direito fundamental social. Surge a questão: e se houver um empate?

Primeiramente, lembre-se da lei do sopesamento que, em sua vertente material, estabelece o seguinte: “Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Há, então, três passos a serem seguidos para se proceder ao sopesamento: o primeiro, a avaliação do grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; o segundo, a avaliação da importância da satisfação do princípio colidente – que se confunde com a afetação potencial do princípio colidente caso não haja a afetação do outro princípio; e o terceiro passo destina-se a verificar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio. (ALEXY, 2008, p. 594 e 601-602)

É necessário ainda esclarecer em que consiste a não satisfação ou afetação de um princípio concernente a um direito fundamental social. No caso dos direitos a uma abstenção do Estado – os chamados direitos de liberdade – a não satisfação, afetação, restrição ou intervenção alude a uma medida estatal que age “[...] de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade”. No âmbito dos direitos fundamentais sociais, a não satisfação, afetação, restrição ou intervenção significa o contrário, ou seja, “[...] *não agir ou agir de forma insuficiente*” (SILVA, 2010, p. 77). Ou seja: o sacrifício de um direito fundamental social ocorre com a omissão da ação estatal que realizaria o seu objeto, se executada fosse.⁶¹

Relembrada a lei do sopesamento e esclarecido o modo de afetação de um direito fundamental social – por uma omissão estatal – é o momento de lembrar a escala triádica criada por Robert Alexy para representar tanto a intensidade da afetação de um princípio quanto a intensidade da importância de satisfazer o princípio colidente. Essa escala é dividida nos graus leve, para o qual se atribui o valor 2⁰, moderado, para o qual se atribui o valor 2¹, e sério, para o qual se atribui

⁶¹ Por conta disso, o suporte fático dos direitos fundamentais de prestação pode ser representado da seguinte maneira: se uma ação estatal *x* representa a realização do objeto de otimização de um princípio que é um direito fundamental de prestação, e se essa ação ainda não foi realizada pelo Estado, então essa omissão representa uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental de prestação. (BOROWSKI, 2007, p. 180)

o valor 2^2 . Recorde-se, também, a escala triádica elaborada por Robert Alexy para representar a segurança das suposições empíricas acerca dos efeitos da medida estatal em exame para a afetação ou realização dos princípios em colisão, dividida nos níveis epistêmicos certo ou garantido (g), com valor 2^0 , sustentável ou plausível (p), com valor 2^{-1} , e não evidentemente falso (e), com valor 2^{-2} .

É necessário lembrar também o que diz a chamada “fórmula do peso”. Segundo essa fórmula, o peso concreto de um princípio em dada situação ($GP_{i,j}C$) é o resultado de uma operação de divisão entre, de um lado, a intensidade da intervenção no princípio multiplicada pelo seu peso abstrato e pela confiabilidade das premissas que baseiam a intervenção ($IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC$), e, de outro lado, a intensidade da importância do princípio colidente multiplicada pelo peso abstrato deste e pela confiabilidade das premissas nas quais se baseia a atribuição de importância ($WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC$).

Pois bem: suponha-se que, em determinado caso concreto, o peso abstrato do princípio da liberdade fática seja igual ao peso dos princípios colidentes; suponha-se, também, que estejam no mesmo grau tanto a segurança das premissas nas quais se baseiam as asserções sobre a afetação do princípio da liberdade fática quanto a segurança das premissas nas quais se baseiam as asserções sobre a importância dos princípios colidentes. Dessa forma, as variáveis a serem analisadas seriam tão somente a afetação do princípio da liberdade fática (IP_iC) e a importância de satisfação dos princípios colidentes (WP_jC); da colisão entre esses princípios podem advir tanto o reconhecimento de um direito fundamental social definitivo (DFS_{def}), quanto o não reconhecimento desse direito ($\neg DFS_{def}$).⁶² Tomadas essas variáveis e adotada a escala triádica, seriam obtidos os seguintes resultados:

- 1) $IP_iC: s/WP_jC: 1 = 4/1 = 4$; prevalece P_i ; DFS_{def} ;
- 2) $IP_iC: s/WP_jC: m = 4/2 = 2$; prevalece P_i ; DFS_{def} ;
- 3) $IP_iC: s/WP_jC: s = 4/4 = 1$; há empate; ?
- 4) $IP_iC: m/WP_jC: 1 = 2/1 = 2$; prevalece P_i ; DFS_{def} ;
- 5) $IP_iC: m/WP_jC: m = 1/1$; há empate; ?
- 6) $IP_iC: m/WP_jC: s = 2/4$; prevalece P_j ; $\neg DFS_{def}$;
- 7) $IP_iC: l/WP_jC: 1 = 1/1$; há empate; ?

⁶² A consideração da confiabilidade das premissas tornaria o exercício aqui desenvolvido muito mais complexo: haveria 81 combinações possíveis, em lugar das 9 listadas (3 níveis de afetação de princípios X 3 níveis de confiabilidade X 3 níveis de importância de princípios X 3 níveis de confiabilidade).

8) $IP_iC: I/WP_jC: m = 1/2$; prevalece P_j ; $\neg DFS_{def}$;

9) $IP_iC: I/WP_jC: s = 1/4$; prevalece P_j ; $\neg DFS_{def}$.

Como se pode perceber, da comparação entre a intensidade de afetação do princípio da liberdade fática e a importância da satisfação dos princípios colidentes resultam três situações em que a liberdade fática prevalece, três situações em que os princípios colidentes prevalecem e três situações em que há um empate.⁶³ Nas situações em que não há empate, pode-se identificar o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência, nos exatos termos da lei de colisão (ALEXY, 2008, p. 99). Por sua vez, nas situações em que há empate esse suporte fático não pode ser identificado e, em decorrência disso, também não se pode obter a regra a ser aplicada. Como solucionar esse dilema?

As situações de “empate” podem indicar duas coisas: que a constituição não obriga nem proíbe a satisfação de um dos princípios em colisão (1), ou que não é possível desfazer o “empate” devido a uma deficiência cognitiva - seja concernente às premissas empíricas sobre o comprometimento dos princípios envolvidos, seja concernente às premissas normativas sobre a quantificação dos direitos fundamentais em jogo (2). No primeiro caso, reconhece-se uma discricionariedade estrutural, ao passo que no segundo caso reconhece-se uma discricionariedade epistêmica empírica ou uma discricionariedade epistêmica normativa. Se a Constituição não obriga nem proíbe o favorecimento de um dos princípios colidentes, ou se é impossível descobrir o que ela obriga ou proíbe no caso concreto, é inevitável conceder a alguém a faculdade para decidir qual dos princípios colidentes deve prevalecer.

A solução desse dilema passa pela consideração do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, que, como princípio formal, “[...] não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos”. O princípio formal da competência decisória do legislador reforça o peso do princípio de

⁶³ Caso a confiabilidade das premissas sobre a afetação/importância dos princípios fosse considerada, o número de situações de empate aumentaria para 19: lg/lg, lg/mp, lg/se, lp/lp, lp/me, le/le, mg/mg, mg/sp, mp/lg, mp/mp, mp/se, me/lp, me/me, sg/sg, sp/mg, sp/sp, se/lg, se/mp, se/se. Assim, por exemplo, uma não satisfação séria do princípio da liberdade fática em face de uma importância leve dos princípios colidentes seria justificável caso as premissas sobre a seriedade da afetação fossem duvidosas (se/lg).

direito material prestigiado por esse mesmo legislador,⁶⁴ de forma que os “empates” entre a afetação de um princípio e a importância de satisfação do princípio colidente são desfeitos pela observância da decisão tomada politicamente - ou da não decisão, nos casos de omissão estatal.

Assim, o modelo de Robert Alexy reconhece a discricionariedade estrutural do legislador para escolher entre implementar ou não um direito fundamental social nas seguintes situações: caso haja uma afetação leve do princípio da liberdade fática e uma importância leve dos princípios colidentes; caso haja uma afetação moderada do princípio da liberdade fática e uma importância moderada dos princípios colidentes; ou, ainda, caso haja uma afetação séria do princípio da liberdade fática e uma importância séria dos princípios colidentes. Se se levar em conta a discricionariedade epistêmica, a margem de ação do legislador é delineada de forma mais rigorosa: por exemplo, desaparece a possibilidade de o legislador escolher entre implementar ou não um direito fundamental social no caso de uma afetação séria do princípio da liberdade fática baseada em premissas certas (sg) contraposta a uma importância séria dos princípios colidentes baseada em premissas duvidosas (se); em compensação, surge a discricionariedade em outros casos, como aqueles em que há uma afetação séria do princípio da liberdade fática baseada em premissas duvidosas (se) contraposta a uma importância leve dos princípios colidentes baseada em premissas certas (lg).

A admissão de um espaço discricionário em favor do legislador democraticamente eleito é uma tentativa, feita por Robert Alexy, de conciliar a vinculatividade dos direitos fundamentais com a capacidade de ação parlamentar. De acordo com as ideias por ele defendidas, a sindicância judicial das ações ou omissões do legislador deve ser reduzida ao campo do efetivamente desproporcional. Isso é particularmente importante no caso dos direitos fundamentais sociais, geralmente satisfeitos com a edição de leis consagradoras de políticas públicas.

⁶⁴ Ressalte-se que os princípios formais só operam quando ligados a um princípio de direito material, nos termos da “lei de conexão” elaborada por Robert Alexy: “Princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais” (ALEXY, 2008, p. 625)

3 UM TESTE: APLICAÇÃO DO MODELO TEÓRICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY NA DELIMITAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Nesta terceira seção, realizar-se-á um exercício de delimitação da extensão do direito fundamental social à saúde em um caso concreto, partindo-se das teses defendidas por Robert Alexy. Esse exercício tem o objetivo de verificar se o modelo teórico de direitos fundamentais do autor é ou não satisfatório para solucionar o problema fático exposto na primeira seção.

Antes de realizar o exercício, é conveniente abordar a questão da adequação do modelo teórico de Robert Alexy para resolver o problema proposto. O exercício proposto pode ser visto como um empreendimento inútil caso não se aceitem, de antemão, determinados pontos *discutíveis* desse modelo. Ou seja: a realização do exercício supõe que se deixem em suspenso eventuais deficiências do modelo teórico em si mesmo considerado. Apesar disso, é interessante apontar, ainda que superficialmente, algumas características desse modelo que podem ser encaradas como vulnerabilidades, haja vista que tais características repercutem no desenvolvimento do exercício proposto e na validade dos seus resultados. Serão indicadas as seguintes características do modelo teórico de Robert Alexy que podem ser vistas como vulnerabilidades: a consideração da liberdade fática como razão a favor do reconhecimento de um direito fundamental social definitivo, a aceitação da possibilidade de comparar intensidades de afetação de princípios, a aceitação do sopesamento entre princípios formais e princípios materiais, a inexistência de parâmetros para o sopesamento e a dificuldade de identificar os direitos e bens a serem sopesados.

Expostos pontos discutíveis do modelo teórico de Robert Alexy, proceder-se-á ao exercício de aplicação do modelo para delimitar o direito à saúde em um caso concreto. Esse exercício, chamado de “experimentação”, desenrolar-se-á em três etapas. Na primeira etapa, será realizado um experimento “propositadamente falho”, que terá a finalidade de mostrar uma maneira, se não errada, incompleta de aplicar o modelo de Robert Alexy para delimitar o direito à saúde. Em seguida, esclarecidas as deficiências do primeiro experimento, serão introduzidos elementos teóricos corretores dessas deficiências, com a finalidade de preparar um experimento “corrigido”. Esses elementos corretores terão em vista enfrentar o que, na primeira seção, foram identificados como riscos da delimitação judicial do direito à saúde: a intromissão e a injustiça. Feito isso, proceder-se-á à realização do “experimento

corrigido”, no qual se buscará aplicar, com o rigor possível, o modelo teórico de direitos fundamentais na delimitação judicial do direito à saúde em um caso concreto.

Por fim, uma vez feito o “experimento corrigido”, serão colhidos os resultados do experimento, acaso sejam identificáveis. Na leitura dos possíveis resultados do experimento, buscar-se-á verificar se o modelo teórico de Robert Alexy agrega elementos para a resolução do problema da intromissão e do problema da injustiça que rodeiam a delimitação judicial do direito à saúde. A par disso, serão feitas outras considerações sobre a aplicação do modelo, caso os resultados obtidos na realização do experimento permitam isso.

3.1 O MODELO É APLICÁVEL?

Como já dito, nesta parte do trabalho será realizado um exercício de aplicação do modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy, a fim de verificar se uma determinada prestação de saúde constitui ou não constitui uma posição abrangida pelo direito constitucional à saúde, entendido como direito originário a prestações extraível diretamente da Constituição Federal. Nesse exercício, buscar-se-á simular a atividade cognitiva que seria desenvolvida por um membro do Poder Judiciário realmente empenhado em seguir o modelo suprarreferido.

Na primeira seção, expuseram-se três decisões do Supremo Tribunal Federal que enfrentaram - ou ao menos tangenciaram - a questão da delimitação judicial do conteúdo do direito constitucional à saúde: neste trabalho, tais decisões receberam os seguintes epítetos: “decisão generosa”, “decisão restritiva” e “decisão que busca o meio-termo”. Em nenhuma delas foi observado o modelo de direitos fundamentais propugnado por Robert Alexy - se tivesse sido observado, esta última parte do trabalho seria perfeitamente dispensável.

Na “decisão generosa”, o ministro Celso de Mello afirmou que “[...] o respeito indeclinável à vida” era a única opção para solucionar o confronto entre a proteção da inviolabilidade do direito à vida, que pendia em favor da outorga da prestação de saúde ao demandante (P_1), e “[...] um interesse financeiro e secundário do Estado [...]”, que pendia contra essa outorga (P_2) (BRASIL, 1997). Assim, a forma de o ministro decidir o caso pode ser representada da seguinte maneira: $P_1 \text{ P } P_2$ - o princípio que resguarda o direito à saúde sempre prevalece sobre os princípios contrapostos. Na verdade, o ministro considerou que a norma protetiva do direito à saúde era superior às normas que asseguravam interesses colidentes, aplicando o critério hierárquico segundo o qual a

lei superior derroga a lei inferior - *lex superior derogat legi inferiori*.

Por sua vez, na “decisão restritiva”, a ministra Ellen Gracie desenvolveu outro raciocínio. Para ela, o art. 196 da Constituição, ao garantir o direito à saúde, “[...] refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas” (BRASIL, 2007). Destarte, não seria possível extrair diretamente do texto constitucional a exigibilidade de determinada prestação de saúde, devendo-se aguardar a sua inclusão em alguma política pública via legislação infraconstitucional. Não existiria, portanto, um direito originário a prestações extraível do direito constitucional à saúde ($\neg DOP_s$), afigurando-se, nesse passo, impossível o confronto entre esse direito originário e princípios colidentes, haja vista que o princípio constitucional protetivo do direito à saúde não teria a potencialidade de, por si só, chocar-se com outros princípios constitucionais.

Já na “decisão que busca o meio-termo”, o ministro Gilmar Mendes observou que “[...] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente [...]”, mas que não se pode afastar a possibilidade de o Poder Judiciário ou de a própria Administração “[...] decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”. Acrescentou que “[...] a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio de integralidade do sistema [...]”, de forma a deixar claro que um tratamento de saúde adequado sempre deve ser fornecido a quem necessitar (BRASIL, 2010b). Ora, o entendimento do ministro reconhece a existência de um direito originário a prestações de saúde, que permanece latente se o direito derivado a prestações de saúde for satisfatório, e que entra em atividade caso o direito derivado não seja satisfatório. De todo modo, o princípio protetivo do direito à saúde (P_1), pelo que se pode inferir da decisão do ministro, sempre prevalece sobre princípios colidentes (P_2), pois, não sendo adequado o tratamento padronizado pelo SUS, outro tratamento idôneo deverá ser fornecido. Dessa maneira, a “decisão que busca o meio-termo” confunde-se com a “decisão generosa”, sendo igualmente representável pelo esquema $P_1 \text{ P } P_2$.

Como se pode perceber, nenhuma das três decisões pautou-se pelo modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy. A decisão restritiva afastou-se desse modelo ao não reconhecer o caráter

principiológico do direito fundamental à saúde, recusando-lhe força normativa independentemente da legislação infraconstitucional - a ministra Ellen Gracie não buscou realizar o direito à saúde “[...] na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. A decisão generosa e a decisão que busca o meio-termo optaram por consagrar a precedência do princípio protetivo do direito à saúde sobre princípios colidentes em toda e qualquer circunstância, afastando-se da ideia defendida por Robert Alexy, segundo a qual a precedência de um princípio sobre outro é meramente condicionada. (ALEXY, 2008, p. 90-99)

Dado que as decisões mencionadas na primeira seção não observaram o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy, nesta terceira seção procurar-se-á aplicar o modelo. Para usar uma expressão usual, o presente trabalho quer “colocar a teoria em prática”.

3.1.1 Há necessidade de considerar a liberdade fática?

De acordo com o modelo de direitos fundamentais sociais de Robert Alexy, uma posição no âmbito dos direitos prestacionais deve ser vista como definitivamente garantida se o princípio da liberdade fática “[...] a exigir de forma premente [...]” e se os princípios colidentes “[...] forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional [...]” (ALEXY, 2008, p. 512). Ora, o que significa a expressão “liberdade fática” e qual a sua relação com os direitos fundamentais sociais?

Na “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy fornece um conceito de liberdade fática vazado nestes termos: “Em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, *a* é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido”. O conceito de liberdade fática construído pelo autor é “[...] um conceito contraposto ao conceito de liberdade jurídica [...]”, referindo-se aos pressupostos fáticos para o exercício da liberdade jurídica, ou seja, à possibilidade real de escolher entre as alternativas permitidas pela liberdade jurídica. O autor põe a liberdade fática como o principal fundamento para o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, afirmando que “O principal argumento a favor dos direitos fundamentais sociais é um argumento baseado na liberdade”, destacando que “[...] sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais [...]”

depende sobretudo de atividades estatais”.⁶⁵ (ALEXY, 2008, p. 226 e 503-504)

O conceito de liberdade fática elaborado por Robert Alexy partilha do mesmo entendimento de Amartya Sen, para quem a liberdade “[...] envolve tanto os *processos* que permitem a liberdade de ações e decisões como as *oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais”. Para este último autor, a privação de liberdade ocorre não só pela negação de direitos civis e políticos, mas também pela negação de oportunidades adequadas para que as pessoas realizem “[...] o mínimo do que gostariam [...]”. Assim como Robert Alexy, Amartya Sen relaciona a liberdade fática aos direitos fundamentais sociais, afirmando que as liberdades substanciais incluem capacidades elementares como, por exemplo, “[...] ter condições de evitar privações como a morbidez evitável e a morte prematura [...] bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos [...]” - as capacidades citadas podem ser, sem dificuldade, relacionadas aos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação. (2000, p. 31 e 52)

Vê-se, pois que o conceito de liberdade fática é utilizado para fundamentar o reconhecimento de posições prestacionais relativas a direitos fundamentais sociais. Se é assim, há necessidade de utilizá-lo mesmo quando esses direitos estão expressamente previstos em disposições constitucionais? Se a Constituição brasileira consagra de forma patente a existência de direitos sociais - basta mencionar o artigo 6º - é necessário o recurso à liberdade fática para defender o reconhecimento de um direito a prestações estatais? Não seria mais adequado, em vez de mencionar o princípio da liberdade fática como fator favorável ao reconhecimento de uma posição prestacional, mencionar o próprio direito social consagrado constitucionalmente? A resposta a essas perguntas é dada por Daniel Sarmento:

É verdade que no modelo de ponderação proposto por Alexy, o que figura em um dos lados da balança não é o próprio direito social vindicado, mas a liberdade material que este assegura.

⁶⁵ Luigi Ferrajoli, por sua vez, vincula o reconhecimento dos direitos sociais ao próprio direito à vida. Para ele, o processo civilizatório moderno acarretou a perda da autossuficiência individual e a intensificação da interdependência social, de forma que a garantia de prestações estatais mínimas é uma questão de garantia de sobrevivência para um grande número de pessoas. (FERRAJOLI, 2011, v. 2, p. 379-384)

Provavelmente, este modelo foi concebido desta forma em razão do fato de a Constituição alemã não consagrar direitos sociais em seu texto. Daí o recurso a um meio indireto para exigibilidade destes direitos, que permitisse a superação da omissão do constituinte germânico. Contudo, no ordenamento constitucional brasileiro, os direitos sociais foram expressamente positivados e são considerados plenamente justiciáveis. Ademais, a liberdade material não é a única razão que justifica a proteção dos direitos sociais. Esta pode ser fundamentada também em outros objetivos, como atendimento das necessidades humanas básicas, a viabilização das democracias, etc. Por isso, entendo que a ponderação não deve ser feita com a liberdade material, como sustenta Alexy, mas com o próprio direito social em jogo. (2008, p. 568)

Com efeito, não se justifica fazer referência ao princípio da liberdade fática como argumento favorável à existência de direitos fundamentais sociais, pois a existência de tais direitos, no Brasil, é constatável pela simples leitura de disposições constitucionais - como, por exemplo, a disposição inserta no artigo 6º (BRASIL, 1988). O conceito de liberdade fática, no ordenamento jurídico brasileiro, serve, quando muito, como justificação extrajurídica para a existência de direitos sociais.

Saliente-se que a desnecessidade de considerar a liberdade fática na operação de sopesamento destinada à identificação de um direito fundamental social definitivo não é, de forma nenhuma, uma falha do modelo de Robert Alexy. O autor, já na primeira página da sua “Teoria dos direitos fundamentais”, adverte que a sua teoria é “[...] uma teoria dos *direitos fundamentais da Constituição alemã* [...]” (ALEXY, 2008, p. 31). Como a Constituição alemã quase não contém direitos sociais,⁶⁶ o conceito de liberdade fática foi um artifício de que se valeu Robert Alexy para dar-lhes caráter de fundamentalidade, vinculando-os ao direito de liberdade previsto no artigo 2º da Lei Fundamental da Alemanha. (ALEMANHA, 2011, p. 18-29; ALEXY, 2008, p. 500)

⁶⁶ Uma das poucas exceções seria o direito à proteção da maternidade, previsto no artigo 6º, 4, da Lei Fundamental da Alemanha, nos seguintes termos: “Toda mãe tem o direito à proteção e à assistência da comunidade”. (ALEMANHA, 2011, p. 19)

3.1.2 O sopesamento trata de grandezas comparáveis?

A operação de sopesamento, que constitui a terceira etapa de aplicação da regra da proporcionalidade, consiste basicamente em avaliar se a importância da satisfação de um princípio é justificável diante do sacrifício imposto a um princípio colidente. Para fazer isso, comparam-se as duas variáveis envolvidas: de um lado, a importância da satisfação de um princípio e, de outro, o grau de afetação do princípio colidente. A variável que tiver mais peso indicará o princípio que deve prevalecer na situação concreta.

Para avaliar se a importância da satisfação de um princípio “compensa” o sacrifício infligido a um princípio colidente, parece claro que essas duas variáveis devem, de alguma forma, ser medidas. Robert Alexy alude à mensuração dessas variáveis quando cria um modelo triádico, segundo o qual tanto a intensidade de intervenção em um princípio quanto o grau de importância de um princípio podem ser classificados como “leves”, “moderados” ou “sérios”, com os valores 1, 2 e 4, respectivamente. (ALEXY, 2008, p. 593-611)

Uma vez mensuradas as variáveis, torna-se possível efetuar uma comparação que indique a solução a ser dada à colisão entre princípios. Assim, por exemplo, a comparação entre a “leveza” do sacrifício imposto a um princípio - que teria peso 1 - e a “seriedade” do grau de importância do princípio colidente - que teria peso 4 - indicaria que o sacrifício ou intervenção é justificável. Ora, a possibilidade de efetuar uma comparação entre sacrifícios e graus de importância pode, ao menos, ser discutida.

Em princípio, a classificação em “leve”, “moderado” e “sério” possibilita a comparação entre intensidades de intervenções em princípios, de um lado, e graus de importância de princípios, de outro. O problema é justamente a escolha do parâmetro utilizado para efetuar a classificação, que deve ser adequado para mensurar as duas variáveis de acordo com um critério uniforme, tornando as classificações correspondentes - à leveza da intervenção deve corresponder a leveza do grau de importância, e assim por diante.

A escolha do parâmetro para medir intensidades de intervenções e graus de importância pode ser considerada uma tarefa impossível, levando à conclusão de que tais grandezas são incomparáveis. Avente-se um exemplo envolvendo os direitos fundamentais sociais: suponha-se que um paciente demande em juízo o fornecimento de um medicamento; suponha-se, também, que o Poder Legislativo não tenha consagrado em lei o direito ao fornecimento do medicamento pedido. Pois bem: nesse

caso, seria possível comparar a intensidade de intervenção no princípio protetivo do direito à saúde decorrente da não prestação com o grau de importância do princípio da separação dos poderes? Seria possível, antes disso, eleger um parâmetro para medir, no caso concreto, tanto a intervenção no princípio protetivo do direito à saúde quanto o grau de importância do princípio formal da competência decisória do legislador?

Em favor da impossibilidade de comparar intervenções em princípios com graus de importância de princípios colidentes podem ser aduzidos alguns argumentos. Pode-se dizer que a inexistência de um princípio de cobertura, que abarque os princípios colidentes na sua diversidade, inviabiliza a mensuração da intensidade da intervenção e do grau de importância e, conseqüentemente, a comparação entre uma e outro - ou seja: faltaria a régua valorativa comum às duas variáveis. Assim, e para aproveitar o exemplo dado no parágrafo anterior, seria necessário encontrar um supraprincípio à luz do qual pudesse ser medida tanto a intensidade da intervenção no princípio protetivo do direito à saúde quanto o grau de importância do princípio da competência decisória do legislador. Pode-se dizer ainda que a descoberta desse supraprincípio não afastaria a impossibilidade da comparação, dada a diversidade da contribuição dada pelos princípios colidentes à realização do supraprincípio, o que acaba por refletir no peso dado a cada um daqueles. Por exemplo: o supraprincípio da integridade constitucional não seria um parâmetro adequado para medir a intensidade da intervenção no princípio protetivo do direito à saúde ou o grau de importância do princípio da competência decisória do legislador. Para que essa mensuração fosse possível, seria necessário aferir qual dos dois princípios colabora mais para a realização do supraprincípio - o que é um grande desafio, haja vista a diferença entre a colaboração dada por um princípio e pelo outro. Outro argumento em favor da incomparabilidade baseia-se na bidirecionalidade dos méritos comparativos, que surge nos casos em que uma opção A é bem avaliada segundo o critério X e mal avaliada segundo o critério Y, ao passo que uma opção B é mal avaliada segundo o critério X e bem avaliada segundo o critério Y. Assim, uma decisão em favor do princípio protetivo do direito à saúde, deferindo o fornecimento de medicamento a despeito da inexistência de previsão legal, poderia ser bem avaliada à luz de um critério que privilegia o respeito à vida, mas mal avaliada à luz de um critério que privilegia o respeito à democracia formal; por seu turno, uma decisão em favor do princípio da competência decisória do legislador, indeferindo o fornecimento de medicamento porque não há previsão legal, seria bem avaliada à luz de um critério que privilegia a

democracia formal, mas mal avaliada à luz de um critério que privilegia o respeito à vida. No fim, não seria possível identificar qual das duas decisões seria a melhor, e sequer dizer se seriam equivalentes ou não. (RAUSCHMAYER, 2001, p. 125-127)⁶⁷

A esses argumentos de incomparabilidade contrapõe-se o pensamento de Robert Alexy. Para ele, “[...] a questão não é a direta comparabilidade de algumas entidades, mas a comparabilidade da sua importância para a constituição, a qual, é claro, indiretamente leva a sua comparabilidade”⁶⁸ (ALEXY, 2003, p. 442, tradução nossa). O autor defende a ideia de que, partindo do “ponto de vista da Constituição”, podem-se avaliar intensidades de intervenções em princípios e graus de importância de princípios, expressados em um discurso racional:

Se o discurso racional sobre o que é correto com base na Constituição é possível, então um ponto de vista comum é possível. Isso se torna real pelo fato de o discurso racional orientar-se pela ideia regulativa da correção em face da Constituição. Quem quiser menosprezar a possibilidade de avaliações mediante o apelo à impossibilidade de um ponto de vista comum deve, então, estar preparado para defender que o discurso racional sobre avaliações no quadro da interpretação constitucional é impossível.⁶⁹ (ALEXY, 2003, p. 442, tradução nossa)

Pelo que se pode depreender, Robert Alexy defende que avaliações sobre intensidades de intervenções e graus de importância são possíveis porque há um ponto de vista comum sobre a Constituição, sendo que o parâmetro para efetuar a comparação entre essas duas grandezas seria a importância delas para a própria Constituição. Ora, se é assim, o autor defende que há um supraprincípio - que pode ser

⁶⁷ Os exemplos citados não constam da referência indicada.

⁶⁸ “[...] the question is not the direct comparability of some entities, but the comparability of their importance for the constitution, which of course indirectly leads to their comparability”. (ALEXY, 2003, p. 442)

⁶⁹ If rational discourse about what is correct on the basis of the Constitution is possible, then a common point of view is possible. It becomes real as soon as rational discourse begins which is oriented to the regulative idea of what is correct on the basis of the constitution. Whoever wants to undermine the possibility of evaluations by appeal to the impossibility of a common point of view must then be prepared to claim that rational discourse about evaluations in the framework of constitutional interpretation is impossible. (ALEXY, 2003, p. 442)

chamado de “supraprincípio da importância constitucional” - à luz do qual são avaliadas as intensidades de intervenções nos “meros princípios” e os graus de importância dos “meros princípios” colidentes. Dessa forma, no exemplo acima mencionado, a comparação entre a intensidade de intervenção no princípio protetivo do direito à saúde, de um lado, e o grau de importância do princípio da competência decisória do legislador, de outro lado, dar-se-ia com base na relevância de tais princípios para a Constituição; essa relevância seria aferida a partir de um “ponto de vista comum constitucional”, resultante de um “discurso racional orientado pela ideia regulativa de correção em face da Constituição”.

Em resumo: o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy trabalha com a possibilidade de comparação entre intensidades de intervenções em princípios e graus de importância de princípios colidentes. Caso não se aceite essa possibilidade - e há motivos para não aceitá-la, como foi visto - o modelo é inaplicável em sua integralidade, eis que resta inviabilizada a operação de sopesamento.

3.1.3 Existe sopesamento entre princípio formal e princípio material?

Ao propor seu modelo de direitos fundamentais sociais, Robert Alexy propugna que a definição de posições prestacionais definitivas é uma questão de sopesamento entre princípios. Os princípios envolvidos no sopesamento seriam, de um lado, o princípio da liberdade fática, e, de outro lado, os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, afora princípios materiais, referentes sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas que também podem dizer respeito a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

Chama a atenção a presença de dois tipos de princípio na operação de sopesamento: os princípios materiais e os princípios formais. Os primeiros determinam conteúdos, ao passo que os últimos não determinam nenhum conteúdo, limitando-se a dizer “[...] quem deve definir conteúdos” (ALEXY, 2008, p. 685). Assim, os princípios materiais indicam o *que* deve ser decidido, enquanto os princípios formais indicam *quem* deve decidir - estes estabelecem “[...] *como* e por *quem* o conteúdo substancial deve ser estabelecido”⁷⁰ (KLATT;

⁷⁰ “[...] *how* and *by whom* the substantial content is to be established”. (KLATT; MEISTER, 2012, p. 136)

MEISTER, 2012, p. 136, tradução nossa); os primeiros relacionam-se ao objeto da decisão, ao passo que os últimos relacionam-se ao sujeito da decisão.

Ora, a diferença entre os dois tipos de princípio é flagrante, tão flagrante que se pode discutir a possibilidade de sopesá-los. Para demonstrar a dificuldade do sopesamento entre princípios materiais e princípios formais, lance-se mão de um exemplo grosseiro: é facilmente inteligível o sopesamento entre a opção por comer maçãs e a opção por comer bananas; mais difícil é entender o sopesamento entre a opção por comer maçãs e a opção por conferir a alguém a competência para decidir sobre o assunto. Parece claro que a pergunta “Você prefere comer maçã ou banana?” é mais bem compreendida que uma pergunta do tipo “Você prefere comer maçã ou deixar para Fulano decidir por você?”.

Dada a diferença entre princípios materiais e princípios formais, há quem defenda a inviabilidade de incluí-los em uma mesma operação de sopesamento.⁷¹ Matthias Klatt e Moritz Meister defendem um “modelo dos dois níveis”. O primeiro nível é o chamado “nível do sopesamento”, que é determinado exclusivamente pelos princípios materiais colidentes, e no qual os princípios formais não desempenham nenhuma função, tendo em vista que compete a toda autoridade pública. Já o segundo nível é o “nível da revisão”, no qual os princípios formais passam a deter relevância, designando a autoridade competente para verificar a correção do sopesamento realizado no primeiro nível - aferindo, por exemplo, a coerência dos resultados do sopesamento com as premissas apresentadas, levando em conta a fórmula do peso (justificação interna), e a correção da classificação dos valores adotada na operação do sopesamento (justificação externa). (KLATT; MEISTER, 2012, p. 141-147)

Contudo, nos termos do modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy, a diferença entre princípios formais e princípios materiais não seria empecilho à sua inclusão em uma mesma operação de sopesamento. Isso porque os princípios formais, segundo o autor, não colidem isoladamente com os princípios materiais, mas sim associados a princípios formais, de acordo com a “lei da conexão”, que enuncia que “Princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais” (ALEXY, 2008, p. 625). Assim, os princípios formais só entrariam em cena para reforçar determinados princípios materiais

⁷¹ Nesse sentido, Jorge Reis Novais, para quem o princípio da separação dos poderes é, na verdade, uma regra. (2010, p. 223 e ss.)

prestigiados pela autoridade que, segundo aqueles princípios formais, é a competente para tomar a decisão - “[...] eles somente entram em jogo uma vez que a legislatura tenha feito uso de sua competência ao tomar uma decisão que tenha conteúdo substancial. Nessa situação, o princípio formal irá reforçar o peso dessa decisão”.⁷² (KLATT; MEISTER, 2012, p. 139, tradução nossa)

Conceber o princípio formal da competência decisória do legislador como fator de reforço dos princípios materiais prestigiados pelo legislador torna compreensível o modelo de direitos fundamentais sociais de Robert Alexy. Nessa linha, não haveria uma colisão entre princípios materiais e princípios formais, mas sim entre princípios materiais e princípios materiais *reforçados* por uma decisão legislativa. O sopesamento a ser realizado pode, então, ser exemplificado com a seguinte pergunta: “Você prefere comer maçãs ou comer bananas, *como decidiu Fulano, que é a pessoa habilitada a fazer essa escolha?*”.

3.1.4 Há parâmetros para o sopesamento?

A operação de sopesamento pode ser dividida em três estágios: no primeiro estágio, verifica-se o grau de sacrifício imposto a um princípio; no segundo estágio, verifica-se a importância da satisfação do princípio colidente; e, no terceiro estágio, verifica-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica o sacrifício do outro princípio. Ora, sendo assim, surge a pergunta: como se procede à verificação de graus de sacrifício e de importância de princípios?

Robert Alexy, com base em decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, entende que “[...] juízos racionais sobre graus de intensidade e importância são possíveis e que eles podem ser relacionados com vistas à fundamentação de uma decisão”. Ele destaca que a lei material do sopesamento - que estabelece que “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” - não fornece os parâmetros pressupostos para a emissão desses juízos. (ALEXY, 2008, p. 593 e 598-599)

Carlos Bernal Pulido, partilhando do entendimento de Robert Alexy, defende que, em determinados casos, “[...] são possíveis juízos

⁷² “[...] they only come into play once the legislature has made use of its competence by making a decision which has substantial content. In this situation, the formal principle will strengthen the weight of this decision”. (KLATT; MEISTER, 2012, p. 139)

racionais sobre graus de intensidade [de afetação] e de importância de princípios colidentes”.⁷³ No entanto, ele entende que existem “[...] casos difíceis nos quais as premissas, tanto factuais quanto normativas, que devem ser consideradas na determinação da importância de um princípio são incertas”.⁷⁴ Em vista disso, a referência à fórmula do peso, na qual se coteja o sacrifício de um princípio com o grau de importância de um princípio colidente, “[...] implica uma licença discricionária ao juiz e às suas visões morais críticas, bem como à sua ideologia política” (PULIDO, 2006, p. 106, tradução nossa). José Juan Moreso, a seu turno, lança dúvidas sobre a escala triádica proposta por Robert Alexy para quantificar intensidades de afetação e graus de importância de princípios, indagando de que depende a atribuição dos três conceitos - leve, moderado e sério - em um caso concreto. Ele dá o seguinte exemplo: uma interferência na liberdade de informação pode ser considerada “séria” na ótica do veículo de imprensa diretamente afetado, mas qualificada como “leve” na ótica da sociedade. (MORESO, 2008, p. 68)

A inexistência de parâmetros para a aferição de graus de sacrifício e de importância de princípios inviabilizaria a operação de sopesamento, ou a tornaria suscetível a acusações de irracionalidade. Nessa direção, Jürgen Habermas aponta a inexistência de padrões racionais para o sopesamento, destacando que, como não há padrões racionais para efetuar essa operação, “[...] a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, segundo ordens de precedência e padrões consuetudinários”. O autor acrescenta que um tribunal constitucional, ao conceber direitos fundamentais como valores sopesáveis, acaba por possibilitar o surgimento de juízos irracionais, em que “[...] os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”, de forma que “[...] princípios do direito são equiparados a bens, finalidades e valores”. Nos seguintes termos, Jürgen Habermas deixa bem clara sua posição contrária à adoção do sopesamento no âmbito dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. [...]

⁷³ “[...] sometimes rational judgments about degrees of intensity and importance of competing principles are possible”. (PULIDO, 2006, p. 106)

⁷⁴ “[...] there are also hard cases in which the premises, both factual and normative, which should be considered in determining the importance of a principle are uncertain”. (PULIDO, 2006, p. 106)

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 321-323)

Apesar de não indicar parâmetros para a emissão de juízos sobre intensidades de sacrifício ou sobre graus de importância de princípios, Robert Alexy defende que o problema das valorações, ínsito a tais juízos, encontra uma solução no modelo de sopesamento baseado na teoria dos princípios, “[...] na medida em que ele vincula a estrutura formal do sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica que inclui uma teoria da argumentação prática geral” (ALEXY, 2008, p. 176). A justificação das premissas envolvidas na operação de sopesamento - que guiam, por exemplo, a qualificação de interferências em princípios e graus de importância de princípios como “leves”, “moderadas” ou “sérias” - leva, por vezes, à necessidade de recurso ao discurso prático geral (ALEXY, 2011, p. 276).⁷⁵ Conforme bem observam Matthias Klatt e Moritz Meister, como o sopesamento “[...] é dependente da avaliação de intensidades e de pesos, é claro que o sopesamento deve levar tratar de considerações morais”,⁷⁶ de forma que os tribunais devem enfrentar “[...] as intrincadas complexidades morais dos casos a eles submetidos”.⁷⁷ (2012, p. 54, tradução nossa)

De todo modo, segundo Robert Alexy, para que as premissas que baseiam juízos sobre intensidades de intervenções em princípios e graus de importância de princípios não sejam consideradas arbitrárias, é suficiente a apresentação de razões plausíveis e a submissão de tais razões ao escrutínio argumentativo (ALEXY, 2008, p. 599). O papel do sopesamento seria justamente explicitar as razões subjacentes a um

⁷⁵ Segundo Robert Alexy, “A argumentação prática geral pode ser necessária (1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna”. (ALEXY, 2011, p. 276)

⁷⁶ “[...] is dependent upon the evaluation of intensities and weights, it is clear that balancing must entail moral considerations.” (KLATT; MEISTER, 2012, p. 54)

⁷⁷ “[...] the intricate moral complexities of the cases before them”. (KLATT; MEISTER, 2012, p. 54)

juízo para submetê-las ao debate público: o sopesamento “[...] expõe o discurso moral indispensável no sopesamento, mostrando-nos exatamente quais proposições um tribunal tem que justificar a fim de chegar a um julgamento racional” (KLATT; MEISTER, 2012, p. 55).⁷⁸

Portanto, ao que parece, o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy define ao menos um parâmetro a ser seguido na aferição de intensidades de sacrifício e de graus de importância de princípios: a aferição dessas variáveis deve ser fundamentada de forma argumentativa.⁷⁹ A finalidade da “fórmula do peso”, ao tornar evidentes os valores atribuídos pelo juiz a cada uma das variáveis, não seria outra senão revelar as valorações subjacentes ao sopesamento, submetendo-as assim ao debate público argumentativo.

3.1.5 Como identificar os direitos e bens objeto do sopesamento?

Robert Alexy propugna que, em determinadas situações, a determinação do suporte fático de uma norma de direito fundamental exige uma prévia colisão entre princípios. Identificados os princípios colidentes em uma dada situação concreta, procede-se ao sopesamento entre eles para escolher qual deles terá precedência. Se é assim, cabe perguntar: como são identificados os princípios colidentes?

Como já visto, o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy trabalha com a ideia de que “[...] toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção [...]” (SILVA, 2010, p. 109). Nesse passo, as disposições normativas de natureza principiológica têm um âmbito de proteção alargado, sob o qual podem abrigar-se as mais variadas ações, estados e posições jurídicas.

A admissão de que as disposições de direitos fundamentais

⁷⁸ “[...] clearly lays open the moral discourse indispensable in balancing, and shows us which propositions exactly a court has to justify in order to arrive at a rational judgment”. (KLATT; MEISTER, 2012, p. 55)

⁷⁹ Ou seja, de acordo com as regras e formas do discurso prático geral e do discurso jurídico. Dessa forma, razões do tipo “decido desse jeito porque quero” ou “tenho meus motivos para decidir assim”, não constituem uma fundamentação, na medida em que violam a regra geral de fundamentação segundo a qual todo falante deve estar disposto a defender sua afirmação perante qualquer pessoa. (ALEXY, 2014, p. 55)

possuem um âmbito de proteção alargado repercute intensamente na questão da montagem da operação de sopesamento. Isso porque essa ideia acaba por possibilitar a cumulação de disposições normativas favoráveis e contrárias a direitos fundamentais *prima facie*: a jurisprudência alemã, por exemplo, justifica o direito ao mínimo existencial com base no princípio da dignidade humana, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, no direito à vida e à inalienabilidade corporal, no princípio da igualdade e no princípio do Estado Social (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 129). Da mesma forma, o direito a um tratamento médico pode ser justificado com base no direito à saúde e no direito à vida.

A cumulação de disposições normativas favoráveis e contrárias a um direito fundamental *prima facie* tende a não gerar problemas de monta se não se confunde o número de disposições normativas mencionadas com o peso a ser dado aos interesses em conflito. Dadas as mesmas circunstâncias, um direito *prima facie* a um tratamento médico baseado no direito à vida e no direito à saúde não deve ser considerado mais “pesado” do que um direito *prima facie* a um tratamento médico baseado tão somente no direito à saúde.

Assim como podem ser cumuladas disposições normativas favoráveis e contrárias a um direito fundamental, também pode haver o manejo de uma mesma disposição normativa para dar guarida a posições diferentes, de forma que “[...] em uma só disposição de direito fundamental podem ser justificados vários direitos fundamentais” (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 120). O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, pode servir para justificar tanto direitos sociais quanto direitos civis e políticos.

Como se pode perceber, não há uma correspondência estrita entre disposições normativas e posições de direitos fundamentais. A aceitação de um âmbito de proteção alargado dificulta a adscrição de direitos fundamentais *prima facie* a disposições normativas. Por exemplo: uma demanda movida contra o Estado em que se pede a realização de cirurgia bariátrica (também chamada de “cirurgia de redução de peso”) diz respeito ao direito à vida ou ao direito à saúde? Pode-se dizer que essa cirurgia está, de alguma forma, ligada ao princípio da dignidade humana? Ou, pelo contrário, é um procedimento eminentemente estético sem conotação jusfundamental? Pode-se questionar, também, quais são as disposições normativas contrárias ao reconhecimento do direito à cirurgia bariátrica: seriam tão somente aquelas atinentes ao princípio da separação dos poderes? Dado que a cirurgia envolve o dispêndio de recursos públicos, pode-se dizer que disposições normativas relativas a

outros direitos fundamentais sociais potencialmente afetados por esse gasto também devem ser consideradas?

Essas questões demonstram algumas das dificuldades que podem surgir no momento de identificar os bens e direitos envolvidos na operação de sopesamento. Apesar de não serem facilmente superáveis, essas dificuldades não tirariam os méritos da montagem da operação de sopesamento. Para Robert José Ludwig, “[...] o princípio da proporcionalidade, neste item, está sofrendo crítica exatamente pela sua virtude de colocar no aberto o que se leva em consideração no momento da interpretação [...]” (LUDWIG, 2014, p. 481). Ou seja: a dificuldade na identificação dos bens e direitos a serem sopesados é algo a ser suportado em prol do bem representado pela exposição da identificação que se fez. O simples fato de se proceder a uma identificação e explicitá-la representaria, por si só, um ganho inestimável.

3.2 EXPERIMENTAÇÃO EM TRÊS ETAPAS

Para empreender uma experimentação sobre direitos fundamentais sociais baseada no modelo teórico de Robert Alexy é necessário aceitar algumas vulnerabilidades desse modelo. Viu-se que uma das vulnerabilidades acima apontadas pode ser facilmente superável, mediante a substituição do princípio da liberdade fática pelo princípio protetivo do próprio direito social. A mesma sorte não têm as outras vulnerabilidades: assim, trabalhar com o modelo de Robert Alexy exige admitir a possibilidade de comparar intensidades de afetação de princípios e a possibilidade de incluir princípios formais na operação de sopesamento; além disso, trabalhar com esse modelo implica encarar como dificuldades menores a inexistência de parâmetros para o sopesamento e a dificuldade de identificar os direitos e bens a serem sopesados.

O presente trabalho poderia dispensar a etapa da experimentação, limitando-se a fazer um inventário dos principais pontos do modelo teórico de Robert Alexy para, em seguida, conjecturar acerca da sua aplicação correta na delimitação judicial do direito à saúde. Isso poderia ser feito mais ou menos nos seguintes termos: “para verificar se uma determinada prestação de saúde está abrangida por um direito definitivo à saúde, a garantia dessa prestação deve ser exigida de forma premente pelo princípio protetivo do direito à saúde, e afetar de forma relativamente pequena os princípios materiais colidentes, sendo que estes possuem um peso reforçado caso tenham sido prestigiados por decisões do poder competente; a decisão acerca da garantia da prestação

deve derivar logicamente de premissas acerca da exigibilidade da prestação pelo princípio protetivo do direito à saúde e acerca da afetação dos princípios materiais colidentes (justificação interna), sendo que a justificação de tais premissas (justificação externa) pode demandar o recurso ao discurso prático geral”. Com isso, seria feita uma análise teórica do modelo teórico de Robert Alexy.

Contudo, o que vai ser buscado aqui são os eventuais erros do modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy, nos termos do esquema defendido por Karl Popper: parte-se de um problema inicial (P_1) e tenta-se resolvê-lo elaborando uma teoria possível (TE); em seguida, testa-se a teoria (EE), procurando fazê-la abortar; como resultado desse processo, obtém-se um novo problema, oriundo dos resultados da experiência (P_2):

$$P_1 \rightarrow TE \rightarrow EE \rightarrow P_2. \text{ (RODRIGUES, 2010, p. 43)}$$

Neste trabalho, P_1 é a questão da delimitação judicial do direito à saúde no Brasil e os riscos que lhe são associados - a “injustiça” e a “intromissão” - ao passo que TE é o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy. EE é a experimentação que será desenvolvida, a partir de uma situação concreta. Pretende-se testar a teoria a partir de uma situação hipotética que se aproxima do que poderia ocorrer na realidade.

A experimentação será desenvolvida em três etapas: na primeira, far-se-á um experimento “falho” ou incompleto, demonstrando uma maneira incorreta ou incompleta de aplicar o modelo de direitos fundamentais sociais de Robert Alexy; na segunda, serão introduzidos elementos corretores das falhas ou incompletudes verificadas da primeira etapa, tendo em vista principalmente os problemas da “intromissão” e da “injustiça” que cercam a delimitação judicial do direito à saúde; por fim, na terceira etapa, será realizado o experimento “corrigido”, no qual se buscará observar o mais fielmente possível o modelo proposto por Robert Alexy.

A experimentação ideal envolveria casos reais, que seriam os “casos-cobaia”. Nessa experimentação ideal, juízes reais aplicariam o modelo de direitos fundamentais sociais de Robert Alexy para resolver casos submetidos à sua apreciação. Se isso fosse possível, a experimentação poderia evoluir de uma simples aplicação do modelo para a avaliação das consequências da aplicação do modelo. E, avaliadas as consequências da aplicação do modelo, seria possível comparar os casos resolvidos de acordo com o modelo com os casos resolvidos em desacordo com o modelo. Feita a comparação, seria possível, a partir de um determinado valor – “justiça social”, por exemplo – dizer que o modelo de Robert Alexy é “bom” ou “ruim”.

Infelizmente – ou felizmente – não é possível obrigar ou convencer os juízes a seguirem determinados modelos teóricos, de forma que a experimentação ideal resta inviabilizada. Porém, nada impede que se imagine como um juiz decidiria um caso envolvendo a delimitação judicial do direito à saúde a partir das teses desenvolvidas por Robert Alexy. Esse juiz imaginário, para os efeitos do exercício a ser realizado, é um juiz ideal, que vai aplicar o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy de forma racional, independentemente de fatores externos à atividade judicante – sem levar em conta, por exemplo, as emoções.

Anteriormente, foi dito aqui que a delimitação judicial do direito à saúde, para os fins deste trabalho, é a atividade cognitiva exercida por um membro do Poder Judiciário (1), que, materializada em um documento escrito - uma decisão interlocutória, uma sentença ou um acórdão (2), retira diretamente do texto constitucional - ou seja, sem levar em conta o disposto na legislação infraconstitucional (3), fundamentos que possibilitam a emissão de um pronunciamento sobre um pedido de prestação relacionado ao direito à saúde direcionado a algum ente público - vazado mais ou menos nos seguintes termos: “julgo procedente o pedido feito por X para determinar que o ente público Y forneça o medicamento Z”, quando se defere o pedido, ou “julgo improcedente o pedido feito por X em face do ente público Y, pois a Constituição não lhe assegura o direito a receber o medicamento Z” (4).

Pois bem: os exercícios seguintes destinam-se a reproduzir, hipoteticamente, como um juiz racional procederia à delimitação judicial do direito à saúde num caso concreto, obedecendo ao modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy. O caso concreto escolhido para servir de base para os exercícios é o caso objeto da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, proveniente do Estado do Ceará – aqui chamada de “decisão que busca o meio-termo”. Escolheu-se esse caso porque, ao menos a título de *obiter dictum*, o ministro relator, Gilmar Mendes, mencionou o modelo de direitos fundamentais sociais de Robert Alexy como parâmetro para emitir a decisão (BRASIL, 2010b). Assim, os exercícios seguintes tentam, de certa maneira, “completar” o trabalho do ministro, aplicando o modelo por ele referido na decisão.

Antes de proceder aos exercícios, alerta-se para o fato de que o medicamento requerido naquele caso concreto - “Zavesca” (Miglustat) - está, desde 2013, previsto nas políticas públicas desenhadas para o

tratamento dos portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” (BRASIL, 2013a). Dessa forma, atualmente o fornecimento do medicamento constitui um direito derivado a prestações, de forma que o pedido apreciado pelo ministro Gilmar Mendes seria analisado na atualidade sob outra ótica. Entretanto, para os fins deste trabalho, e para facilitar a comparação entre aquele julgado e os exercícios aqui desenvolvidos, partir-se-á do pressuposto de que o juiz imaginário que aplicará o modelo de Robert Alexy atuou em momento antecedente à inclusão do medicamento “Zavesca” (Miglustat) dentre os regularmente fornecidos pelo sistema público de saúde.

3.2.1 Um experimento “falho”

A finalidade do experimento “falho” é preparar o terreno para o experimento “corrigido”. Consiste em aplicar de forma incompleta o modelo teórico de Robert Alexy para deixar clara a necessidade do recurso a elementos corretores, que, na verdade, já estão presentes no próprio modelo. Este experimento é “propositadamente falho” e serve para indicar o caminho para um experimento “mais correto” ou “menos falho”.

O caso concreto objeto do primeiro experimento é o mesmo apreciado pela “decisão que buscou o meio-termo”: é um caso no qual o Ministério Público Federal demanda, em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, o fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) em favor de determinada paciente, visando ao tratamento da doença de Niemann-Pick tipo “C”, sendo que o custo mensal do fornecimento almejado é de R\$ 52 mil mensais. Esse caso será apreciado por um juiz imaginário que se pautará pelo modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy. Para simplificar o experimento, não serão tratadas questões processuais, como competência jurisdicional e legitimidade ativa ou passiva. O experimento preocupar-se-á em identificar se há uma posição prestacional abarcada por um direito fundamental social definitivo ou não.

O juiz imaginário obedeceria ao item IV.3 do capítulo 9 da “Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy”, intitulado “Um modelo de direitos fundamentais sociais”. Adotaria, portanto, a tese de que “[...] a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”. Acataria, também, a ideia de que uma posição no âmbito dos direitos a prestações deve ser encarada como definitivamente

garantida se for exigida de forma premente pelo princípio da liberdade fática e se o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático e os princípios materiais colidentes “[...] forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração”. (ALEXY, 2008, p. 512)

Neste experimento “falho”, o juiz imaginário, procederia, então, a um sopesamento entre o princípio da liberdade fática (P_i), favorável ao fornecimento da prestação reclamada – entrega do medicamento “Zavesca” (Miglustat”), e o princípio colidente por ele identificado - que seria apenas o princípio da separação dos poderes (P_j), haja vista que o reconhecimento da posição prestacional implicaria uma invasão em espaço decisório reservado ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Valendo-se da escala triádica proposta por Robert Alexy, o juiz imaginário qualificaria o grau de não satisfação ou afetação do princípio da liberdade fática em decorrência do não fornecimento do medicamento como “sério”, tendo em vista que o fármaco seria essencial ao tratamento da paciente. Por sua vez, o grau de importância do princípio da separação dos poderes corresponderia à intervenção por ele sofrida em razão da não afetação do princípio da liberdade fática; neste experimento, o juiz imaginário qualificaria esse grau de importância como “leve”, considerando que a garantia do fornecimento do medicamento não implicaria uma lesão grave ao espaço decisório dos poderes Executivo e Legislativo, que manteria esse espaço em relação a todos os demais casos envolvendo prestações de saúde.

O juiz imaginário também consideraria evidente a superioridade do princípio da liberdade fática (P_i) sobre o princípio da separação dos poderes (P_j), dando um peso abstrato “2” ao primeiro e “1” ao segundo. Também consideraria plausíveis as premissas empíricas sobre a intensidade de intervenção no princípio da liberdade fática e sobre o grau de importância do princípio da separação dos poderes. Em seguida, inserindo esses dados na “fórmula do peso”, obteria o peso concreto do princípio da liberdade fática no caso concreto:

$$GP_{ij} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{4 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{1 \cdot 1 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{\frac{1}{2}} = 8$$

Nos termos da operação de sopesamento realizada pelo juiz imaginário, o peso concreto do princípio da liberdade fática no caso sob análise seria 8. Como o valor do princípio da liberdade fática é superior a 1, esse princípio seria prevalente na situação concreta. Assim, o

fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) por parte dos entes públicos seria uma prestação abrangida por um direito fundamental social definitivo, pois, da colisão entre o princípio da liberdade fática com o princípio da separação dos poderes adviria uma regra determinando a satisfação do primeiro princípio, que deteria precedência no caso concreto. O juiz imaginário, portanto, proferiria uma decisão mais ou menos nos seguintes termos: “determino à União, ao Estado e ao Município que forneçam o medicamento “Zavesca” (Miglustat)” à paciente, pois esta é uma prestação abrangida por um direito fundamental social definitivo à saúde”.

3.2.2 Introdução de elementos corretores da intromissão e da injustiça

A decisão prolatada pelo juiz imaginário no experimento falho é elogiável pelo menos em um aspecto: a decisão deriva logicamente das premissas apresentadas. Deu-se um peso maior ao princípio da liberdade fática em relação a um princípio colidente e, como conclusão, determinou-se a satisfação da prestação albergada pelo princípio prevalente. Pode-se dizer, então, que a decisão foi satisfatória do ponto de vista da justificação interna, na qual “[...] se trata de determinar se um juízo se pode determinar, desde um ponto de vista estritamente de lógica formal, das premissas que se fazem valer”.⁸⁰ (AMANDI, 2012, p. 200, tradução nossa)

No entanto, o raciocínio desenvolvido pelo juiz imaginário para fundamentar a emissão da ordem de fornecimento de medicamento é criticável sob diversos aspectos, e alguns deles serão apontados aqui. Em primeiro lugar, o juiz procedeu ao sopesamento sem analisar os outros critérios da regra da proporcionalidade; como bem pontua Luiz Henrique Cademartori, a máxima da proporcionalidade é composta de três máximas parciais: a adequação, “[...] que ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; [...]”, a necessidade, “[...] que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário [...]”, e a proporcionalidade em sentido estrito, “[...] que é a ponderação com base nos valores *jusfundamentais* propriamente ditos [...]”

⁸⁰ “[...] se trata de determinar si un juicio se puede derivar, desde un punto de vista estrictamente de logica formal, de las premisas que se hacen valer.” (AMANDI, 2012, p. 200)

(CADEMARTORI, 2006, p. 137). Em segundo lugar, o juiz imaginário considerou, como princípio favorável à posição prestacional reclamada, o princípio da liberdade fática, quando poderia ter considerado como tal o princípio protetivo do direito social à saúde. Em terceiro lugar, o juiz considerou, como princípio colidente à prestação reclamada, o princípio da separação dos poderes, um princípio formal que, nos termos da lei de conexão defendida por Robert Alexy, só estaria em condições de superar o princípio material do direito à saúde se conectado a outros princípios materiais;⁸¹ assim, sopesar o princípio da separação dos poderes, isoladamente considerado, com o princípio material do direito fundamental à saúde é condená-lo de antemão à derrota, tornando inútil a operação de sopesamento.

A essas três críticas ao raciocínio desenvolvido pelo juiz imaginário no experimento falho agregam-se outras, mais contundentes, concernentes à justificação externa da decisão, cujo objeto “[...] é a verdade do conteúdo das premissas”⁸² (AMANDI, 2012, p. 200, tradução nossa). Pode-se indagar o seguinte: por que o juiz considerou como “séria” a afetação do princípio favorável à posição prestacional reclamada? Por que reputou “leve” o grau de importância do princípio da separação dos poderes?⁸³ Por que conferiu ao princípio da liberdade fática um peso abstrato maior que o dado ao princípio da separação dos poderes? E por que se consideraram como plausíveis a confiabilidade das premissas concernentes à intensidade de intervenção no princípio da liberdade fática e ao grau de importância do princípio da separação dos poderes? A resposta a essas indagações pode indicar a necessidade de recurso à argumentação prática geral, serviente à fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação externa. (ALEXY, 2011, p. 276; KLATT; MEISTER, 2012, p. 158)

⁸¹ Diz Robert Alexy que “Princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais”. (ALEXY, 2008, p. 625)

⁸² “[...] es la verdad del contenido de las premisas.” (AMANDI, 2012, p. 200)

⁸³ Bastaria, no experimento falho, conferir ao princípio da separação dos poderes um grau de importância “sério” (4) e qualificar como “certa” (1) a confiabilidade da premissa empírica acerca da seriedade do grau de importância para que o peso concreto do princípio da liberdade fática fosse reduzido de 8 para 1, redundando em um “empate” que levaria ao reconhecimento de uma discricionariedade para sopesar, ou seja, ao reconhecimento de que, no caso, haveria de ser respeitada a decisão do legislador democraticamente legitimado.

É verdade que, nos termos do defendido por Robert Alexy, a fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna, como nos outros casos em que se pode fazer necessária a argumentação prática geral, pode ser feita mediante o recurso a enunciados dogmáticos ou enunciados dos precedentes, não se ultrapassando, assim, os limites do discurso jurídico. Contudo, a introdução de tais enunciados desloca a argumentação prática geral apenas de modo parcial, incompleto e provisório: parcial, porque nos casos em que não há um enunciado dogmático ou dos precedentes correspondentes, “[...] intervém diretamente a argumentação prática geral”; incompleto, porque os enunciados dogmáticos ou dos precedentes requerem premissas adicionais com conteúdo normativo, “[...] que devem ser fundamentadas segundo o discurso prático geral”; e provisório, porque a comprovação dos enunciados dogmáticos e a fundamentação da aplicabilidade dos precedentes levam à necessidade de argumentos práticos de tipo geral. (ALEXY, 2011, p. 277-278)

Portanto, pode-se dizer que a necessidade de justificação externa traz, como decorrência, a necessidade do recurso à argumentação prática geral. O recurso à argumentação prática geral, por sua vez, traz à tona a questão referente à racionalidade das proposições dela resultantes. Ora, a comprovação da racionalidade de tais proposições demandaria uma fundamentação, que requereria outra fundamentação e assim sucessivamente. Para evitar esse regresso ao infinito, Robert Alexy defende que a exigência de se continuar a fundamentação de um enunciado através de outro enunciado seja substituída “[...] por uma linha de exigências sobre a atividade de fundamentação”, “[...] que podem ser formuladas como regras e formas do discurso racional”. (2014, p. 40)

Neste trabalho, já se enumeraram as regras e formas do discurso prático geral e do discurso jurídico elaboradas por Robert Alexy que, observadas, qualificariam uma proposição nascida da argumentação como correta. Uma decisão judicial que reconhece a existência de um direito fundamental social definitivo em uma situação concreta pode ser questionada, quanto à verdade das premissas nas quais se baseia, sob o ângulo de qualquer uma das regras e formas do discurso. Para os fins deste trabalho, as regras escolhidas como parâmetro para guiar uma fundamentação correta das premissas a serem adotadas no “experimento corrigido” serão aquelas relacionadas aos riscos da delimitação judicial do direito à saúde: a intromissão e a injustiça.

A intromissão, como identificada na primeira seção, é uma questão relacionada à usurpação de competências dos poderes

Legislativo e Executivo por parte do Poder Judiciário: o juiz, ao determinar a satisfação de prestações de saúde como direitos originários retirados diretamente da Constituição, afrontaria as decisões dos demais poderes que instituíram as políticas públicas para o setor e a própria lei orçamentária, na medida em que ordenaria a realização de despesas sem a devida provisão. Além disso, ao ordenar a satisfação de prestações de saúde sem lastro em lei infraconstitucional, o juiz tenderia a perder de vista “[...] possíveis implicações fáticas e políticas da sentença” (GOUVÊA, 2003, p. 22-23), impedindo, por exemplo, a “[...] alocação racional dos escassos recursos públicos [...]” (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1.842). Por sua vez, a injustiça, como identificada na primeira seção, refere-se à potencial violação da justiça formal que a delimitação judicial do direito à saúde implica, haja vista a diferença entre o critério utilizado pelo juiz para definir o direito a uma prestação de saúde e o critério utilizado pelo administrador para definir o mesmo direito.

A intromissão e a injustiça podem ser vistas como questões atinentes às consequências e à universalizabilidade da decisão judicial que delimita o direito à saúde no caso concreto. As perguntas que traduzem essas duas questões seriam basicamente as seguintes: “quais os efeitos da intromissão na gestão dos recursos públicos?” e “a injustiça pode ser evitada?”. Essas indagações podem ser respondidas, nos termos da teoria do discurso de Robert Alexy, observando-se as seguintes regras do discurso prático geral, que hão de ser observadas na fundamentação das premissas utilizadas na decisão, nos termos da tese do caso especial: “(1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes” e “(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos” (ALEXY, 2011, p. 287-293). A regra 1.3 concerniria à questão da injustiça, ao passo que a regra 5.1.2 concerniria à questão da intromissão. Na verdade, a regra 1.3 guia o procedimento discursivo de forma a possibilitar a correta mensuração das consequências que serão objeto de valoração na etapa do sopesamento.⁸⁴

O exercício a ser feito em seguida neste trabalho tomará, como parâmetros para uma fundamentação correta das premissas utilizadas para a emissão de uma decisão por parte do juiz imaginário (justificação

⁸⁴ A regra 1.3 tem o objetivo de assegurar a coerência discursiva, ao passo que a regra 5.1.2 é uma regra que pode ser vista como uma regra de fundamentação propriamente dita. Assim, as duas regras podem ser vistas como regras de níveis diferentes.

externa), as regras acima mencionadas, que estabelecem, em essência, o dever de avaliar a aceitabilidade das consequências de uma decisão judicial⁸⁵ e a universalizabilidade dos comandos nela inseridos. Esses parâmetros coincidem com os critérios que, segundo Luís Roberto Barroso, devem orientar a argumentação jurídica: para esse autor, as decisões judiciais “[...] não devem ser casuísticas ou idiossincráticas, mas *universalizáveis* a todos os casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias [...]”, e, a par disso, o intérprete constitucional “[...] não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação” (2009, p. 342-343). Esses parâmetros são adotados por Virgílio Afonso da Silva: ao tratar da justiciabilidade do direito à saúde, ele conjuga os critérios da aceitabilidade das consequências e da universalizabilidade para avaliar decisões judiciais que outorgam prestações de saúde individualizadas, afirmando que “[...] a análise do papel dos juízes e dos tribunais no tocante à realização dos direitos sociais está intimamente relacionada à análise das consequências da atividade judicial”, aduzindo também que “[...] no âmbito dos direitos sociais é necessário partir de uma visão consequencialista do conceito de mandamento de otimização”, de maneira a considerar “[...] não só o caso concreto que deve ser decidido, mas também os efeitos de cada decisão em casos semelhantes, já que um efeito ótimo para um caso individual pode implicar efeitos não otimizados para a coletividade”. (2011, p. 213)

O “experimento corrigido” procurará depurar as falhas do “experimento falho”, observando a regra da proporcionalidade e primando por uma identificação precisa dos princípios colidentes. Em adição a isso, procurará proceder a uma justificação externa correta das premissas utilizadas para embasar a decisão, enfrentando as questões da intromissão e da injustiça sob o prisma da aceitabilidade das consequências e da universalizabilidade, critérios consagrados pelas regras do discurso racional elaboradas por Robert Alexy.

3.2.3 Um experimento “corrigido”

Detectadas as falhas do experimento anterior e colocados os elementos corretores da intromissão e da injustiça, é chegado o

⁸⁵ Observa Victor Rojas Amandi que, nos termos do propugnado por Robert Alexy, um sopesamento sem a valoração das consequências factuais que ocorreriam se um dos princípios não fosse considerado é, de início, descartado. (AMANDI, 2012, p. 155)

momento de realizar o experimento corrigido. Nesse experimento, o juiz imaginário buscará aplicar corretamente o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy em uma situação concreta em que se reclama uma prestação de saúde não prevista em políticas públicas, ou seja, uma prestação demandada como um direito originário, haurível imediatamente da Constituição.

O caso concreto tomado como objeto do experimento pode ser resumido na seguinte pergunta: um indivíduo determinado tem, tão somente por força do direito constitucional à saúde, o poder de exigir da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) para tratamento da doença de Niemann-Pick tipo “C”, cujo custo mensal é de R\$ 52 mil mensais? A prestação reclamada está abrangida por um direito definitivo à saúde?

Para responder a essa pergunta, é preciso, em primeiro lugar, determinar se a prestação reclamada corresponde a alguma previsão normativa do texto constitucional. Sem muita dificuldade, pode-se relacionar o fornecimento do medicamento “Zavesca” ao direito à saúde, consagrado pelo artigo 6º da Constituição - “São direitos sociais [...] a saúde” - e pelo artigo 196 da Constituição - “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (BRASIL, 1988). É possível refutar esse posicionamento, defendendo a ideia de que o direito fundamental à saúde não inclui o direito ao fornecimento de medicamentos, devendo ser entendido como o direito “[...] a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis”⁸⁶ (ONU, 2000, tradução nossa); nessa linha, o direito fundamental à saúde seria convertido em um direito de acesso a serviços públicos de saúde. Ora, essa ideia choca-se com a teoria do suporte fático amplo, preconizada por Robert Alexy, segundo a qual deve-se incluir no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental “[...] tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”, de forma que “Tudo aquilo que apresentar uma característica que - considerada isoladamente - seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico [...]”, lembrando-se que “No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas” (ALEXY, 2008, p. 322). Então, para se seguir o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy, deve-se admitir que toda pretensão que apresente uma característica suficiente para a

⁸⁶ “[...] the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health”. (ONU, 2000)

subsunção ao suporte fático do direito à saúde deve ser considerada como abrangida pelo âmbito de proteção do princípio correspondente a esse direito, de maneira que, antes de efetuar o sopesamento, “[...] estão *prima facie* ordenadas todas as condutas que favorecem a realização do princípio respectivo”⁸⁷ (BOROWSKI, 2007, p. 161, tradução nossa). Assim, o fornecimento do medicamento “Zavesca” deve ser reconhecido como uma prestação incluída no direito fundamental social *prima facie* à saúde.

Incluída a prestação demandada no âmbito de proteção do direito fundamental social à saúde, deve-se averiguar se há regra presente em texto normativo infraconstitucional que restrinja esse direito *prima facie*. Se não houver, deve-se aplicar apenas o sopesamento, dispensando-se o recurso às outras etapas da regra da proporcionalidade - o exame da adequação e da necessidade da medida restritiva (SILVA, 2010, p. 179). Na época da aqui denominada “decisão que busca o meio-termo”, uma regra infraconstitucional restritiva do direito ao fornecimento de medicamentos não era claramente determinável; contudo, em virtude de alteração legislativa posterior, inseriram-se dispositivos na lei que regula o sistema público de saúde que explicitaram restrições a esse direito (BRASIL, 2011). A fim de tornar o experimento mais completo, suponha-se que o juiz imaginário tenha apreciado o caso objeto do experimento em momento posterior à edição desses dispositivos restritivos.

Os dispositivos restritivos constam nos artigos 19-M e 19-P da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e estabelecem, em síntese e no que interessa para o presente experimento, que a assistência terapêutica integral no âmbito do Sistema Único brasileiro consiste na “[...] dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado [...]”, sendo que, na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, o fornecimento de medicamentos será realizado com base em relações de medicamentos instituídas pelos gestores federais, estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde, gestores estes que fazem parte do Poder Executivo (BRASIL, 1990)

Pois bem: dada a existência de regras infraconstitucionais restritivas do direito fundamental social à saúde, o segundo passo a ser dado pelo juiz imaginário seria, à luz da regra da proporcionalidade,

⁸⁷ “[...] están *prima facie* ordenadas todas las conductas que favorecen la realización del principio respectivo.” (BOROWSKI, 2007, p. 161)

verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da norma infraconstitucional que limita o direito *prima facie* à saúde. Se a medida restritiva não ultrapassar os critérios da regra da proporcionalidade, o direito *prima facie* se converterá em direito definitivo.

Comece-se pelo exame da adequação das medidas restritivas: deve-se perquirir se o ato de condicionar o fornecimento de medicamentos à sua inclusão em protocolos clínicos e relações de medicamentos elaborados por gestores do SUS é uma medida que favorece o atingimento de um objetivo legítimo perseguido pelo Estado (BOROWSKI, 2007, p. 130). O objetivo legítimo perseguido pelo Estado pode ser identificado nos documentos que precederam a edição dos dispositivos legais restritivos: no Parecer nº 589, de 2010, do Senado Federal, lê-se que a proposta de inserção dos artigos 19-M e 19-P na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, procurou desfazer uma interpretação equivocada do artigo 198, II, da Constituição Federal, que entendia a expressão “atendimento integral” de saúde como a “[...] responsabilidade ilimitada do poder público em atender às necessidades coletivas e individuais no que diz respeito à saúde, independentemente da existência de recursos orçamentários suficientes para esse atendimento [...]”, e como a obrigatoriedade de fornecimento de “[...] todo o arsenal diagnóstico e terapêutico de que a medicina dispõe [...]”. Já no Parecer nº 590, de 2010, do Senado Federal, afirma-se que os autores do projeto de lei buscam “[...] uma solução para conter o crescimento exponencial de ações judiciais que demandam aquela assistência [à saúde] e que estão desarticulando os processos de planejamento, orçamentação e gestão das secretarias de saúde” (BRASIL, 2010a). É possível dizer, a partir dessas motivações, que a inserção das regras infraconstitucionais restritivas teve em vista duas finalidades: assegurar o respeito à lei orçamentária (1) e proteger a capacidade de execução de políticas públicas por parte dos gestores de saúde, evitando a desarticulação dos processos de planejamento, orçamentação e gestão (2).

Identificados os objetivos legítimos colimados pelo Estado, cabe indagar acerca de sua conexão racional com a medida legislativa restritiva adotada. O condicionamento do fornecimento de medicamentos à previsão em protocolos clínicos e em listagens elaborados pelo SUS favorece o respeito à lei orçamentária e a capacidade de execução de políticas? Ora, ao que parece, sim, pois confere aos gestores públicos de saúde uma certa previsibilidade para planejarem a compra de medicamentos e para alocarem da melhor forma

disponível os recursos orçamentários existentes. A resposta poderia ser “não” se, por exemplo, os protocolos clínicos e relações de medicamentos do SUS listassem um número infinito de medicamentos - o que tornaria tais instrumentos inócuos para a racionalização da gestão das políticas públicas -, ou se os protocolos e relações de medicamentos listassem os medicamentos com os preços mais elevados dentre os disponíveis no mercado - o que comprometeria o cumprimento da lei orçamentária e uma boa alocação de recursos públicos. O juiz imaginário, então, consideraria como adequadas as medidas restritivas insertas nos artigos 19-M e 19-P da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

O juiz imaginário passaria, então, a analisar a necessidade das medidas restritivas do fornecimento de medicamentos. Ele indagaria acerca da existência de uma medida alternativa que, tanto quanto a medida efetivamente adotada, promovesse com igual eficiência o objetivo estatal, mas que limitasse o direito fundamental social em menor intensidade. Seria possível pensar que a quebra de patentes da indústria farmacêutica a isso se prestasse: essa medida levaria a uma redução de preços dos medicamentos, possibilitando a sua aquisição por parte do Estado e a sua distribuição aos cidadãos, sem limitações. Ora, isso envolveria um prognóstico acerca da redução de preços dos medicamentos e do comportamento da indústria farmacêutica - este setor poderia, por exemplo, reconsiderar o seu ritmo de produção, provocando desabastecimento. De todo modo, a quebra de patentes não poderia ser considerada uma medida alternativa, pois afetaria outras posições constitucionais (BOROWSKI, 2007, p. 130) - no mínimo, o direito de propriedade da indústria farmacêutica e o princípio da liberdade de iniciativa. Outra medida alternativa seria determinar uma prioridade no fornecimento de medicamentos aos hipossuficientes, que receberiam tais insumos independentemente de previsão em protocolos e listas; ora, isso também sacrificaria posições constitucionais de terceiros - no caso, dos não hipossuficientes - e, no fundo, apenas converteria uma medida restritiva baseada na previsão em políticas públicas em uma medida restritiva baseada na renda. Inexistindo medidas alternativas disponíveis, o juiz imaginário consideraria necessária a restrição ao fornecimento de medicamentos imposta pelos artigos 19-M e 19-P da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Feitos os exames da adequação e da necessidade, chega o momento de fazer o exame da proporcionalidade em sentido estrito da medida estatal restritiva do direito fundamental social à saúde. Este é um momento muito importante para a aplicação do modelo de direitos

fundamentais de Robert Alexy, porque é neste instante que se decidirá qual princípio detém precedência no caso concreto; consequentemente, é neste instante que será obtida a regra que disciplinará a solução do caso - que é a regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente, nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2008, p. 99)

Na etapa em que se analisa a proporcionalidade em sentido estrito procede-se a um sopesamento entre, de um lado, a gravidade ou a intensidade da restrição a um direito fundamental, e, de outro lado, a importância ou o peso das razões que justificam essa restrição (BOROWSKI, 2007, p. 131). Nessa fase, há que se observar a lei do sopesamento em sua versão material, que estipula que “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”, assim como a lei do sopesamento em sua versão epistêmica, que enuncia que “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”. (ALEXY, 2008, p. 593 e 617)

Pois bem: o sopesamento pode ser dividido em três estágios: no primeiro, avalia-se o grau de afetação de um dos princípios; no segundo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente, que corresponde justamente à afetação potencial do princípio colidente decorrente da não afetação do outro princípio; e, no terceiro estágio, verifica-se “[...] se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio”. (ALEXY, 2008, p. 594 e 617)

No caso concreto apreciado pelo juiz imaginário, em favor da posição prestacional reclamada milita o princípio protetivo do direito fundamental social à saúde, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição - e não o princípio da liberdade fática, por razões já aduzidas (SARMENTO, 2008, p. 568). Já a identificação do princípio colidente envolve algumas dificuldades; de forma provisória, diga-se que há dois princípios colidentes: o princípio democrático, consagrado no artigo 1º, § único, da Constituição, e o princípio da separação dos poderes, posto no art. 2º da Constituição, que militam em favor do respeito às decisões tomadas pelos agentes políticos eleitos no que toca à realização de políticas públicas via processo legislativo e no que toca à alocação de recursos públicos via lei orçamentária, nos termos dos artigos 59, 165 e seguintes da Constituição.

Pois bem: passe-se a avaliar o grau de não satisfação ou de afetação do princípio protetivo do direito à saúde causada pela medida estatal restritiva. Partindo-se do pressuposto de que o fármaco

“Zavesca” (Miglustat) não está incluído em protocolos clínicos ou em relações de medicamentos do SUS na época em que o juiz imaginário aprecia o caso, tem-se que, em virtude da medida restritiva, o medicamento não seria fornecido administrativamente à paciente. Ou melhor: em face da inexistência de protocolo clínico para a doença de Niemann-Pick tipo “C”, *nenhum medicamento seria fornecido*.

Sendo assim, deve-se determinar o grau de afetação do princípio protetivo do direito à saúde no caso concreto. Utilizando-se a escala triádica proposta por Robert Alexy, pode-se qualificar o grau de afetação como “leve” (peso 1), “moderado” (peso 2) e “sério” (peso 3). O juiz imaginário, para aferir esse grau de afetação, seria forçado a recorrer a uma argumentação empírica, valendo-se do conhecimento produzido em outras áreas, haja vista que na determinação da hierarquia entre os princípios colidentes deve-se “[...] conhecer com certa profundidade as circunstâncias empíricas do caso particular”⁸⁸ (AMANDI, 2012, p. 254, tradução nossa). Recorrendo à literatura médica, o juiz imaginário descobriria que o tratamento da doença de Niemann-Pick tipo “C” é meramente paliativo, pois não há cura para a doença, que leva à morte prematura (PATTERSON et al., 2013, p. 1.187; SANTOS et al., 2008, p. 357-361). Diante da inexistência de cura para a doença, o juiz imaginário poderia qualificar o grau de afetação do direito fundamental social à saúde como “leve”, já que o não fornecimento do medicamento não retiraria da paciente chances de cura. Ora, essa opção geraria um grande desconforto, e o juiz imaginário recorreria ao princípio bioético da beneficência, segundo o qual deve-se buscar o máximo de benefícios para o outro, reduzindo ao mínimo os danos e riscos (KOERICH; MACHADO; COSTA, 2005, p. 108). Com base nesse princípio, o juiz imaginário consideraria que o não fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) implicaria uma interferência “séria” no direito à saúde da paciente portadora da doença de Niemann-Pick tipo “C”, na medida em que consignaria uma grave violação do princípio que determina a busca máxima de benefícios para o doente.

Aferido o grau de intervenção no princípio protetivo do direito fundamental à saúde, há que se mensurar o grau de importância dos princípios colidentes: o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes, que pesam em favor do respeito à competência concretizadora do legislador, plasmada nas leis orçamentárias.

⁸⁸ “[...] se tienen que conocer con cierta profundidad las circunstancias empíricas del caso particular.” (AMANDI, 2012, p. 254)

Sobre a conexão entre o respeito a leis orçamentárias e o princípio democrático trata Felipe de Melo Fontes:

A importância do orçamento público, portanto, decorre de *sua importantíssima vocação para cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente, sobre recursos escassos*. O momento de feitura da peça orçamentária é, por excelência, a ocasião em que as forças sociais se encontram para decidir *quanto* de recursos será retirado da sociedade em favor do Estado, e *como* serão revertidos na atuação deste.

[...]

Sem a devida previsão orçamentária, não é possível a realização de políticas públicas, pois o seu exercício seria *antidemocrático*, exatamente porque ausente a devida aprovação popular. Quando o magistrado determina que sejam efetuados gastos que não estão previstos no orçamento, ou procura, diretamente, alterar-lhe a feição, incorre, ao menos em tese, nesta violação. (2013, p. 71)

O princípio democrático, na medida em que determina o respeito à lei orçamentária, não há de ser visto como um princípio formal, pois não se limita a estabelecer um critério para identificar as regras que devem ser seguidas: mais do que isso, ele fixa o que deve ser seguido, que é a decisão política consubstanciada na lei orçamentária. O princípio democrático assim considerado, ao contrário do princípio formal da separação dos poderes, não diz que “*quaisquer* decisões tomadas pelas autoridades legitimadas devem ser observadas”; diz, isto sim, “que as decisões constantes nas leis orçamentárias devem ser observadas”. O princípio da separação dos poderes, nesse passo, constituiria mero reforço ao peso das decisões encartadas na lei orçamentária, nos termos da lei da conexão.

A colisão existente no caso sob análise do juiz imaginário seria, então, entre o princípio protetivo do direito à saúde e o princípio democrático, reforçado pelo princípio da separação dos poderes. O primeiro determina que haja o fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat). E o segundo, determina o quê? Determina que se respeitem as escolhas alocativas sobre recursos escassos feitas pelos demais poderes, consignadas no orçamento público. Assim, o conflito normativo “[...] estabelece-se apenas entre as normas que resguardam as

opções eleitas pelos demais poderes, de um lado, e o direito social não promovido, de outro”. (ALMEIDA, 2014, p. 241)

A consideração do princípio democrático na operação de sopesamento merece uma reflexão mais aprofundada. Como princípio que resguarda as opções eleitas pelos poderes Executivo e Legislativo, ele determina que sejam respeitadas as prioridades estabelecidas no orçamento público. E tais prioridades concernem a necessidades públicas referentes a outros direitos fundamentais e interesses coletivos: no orçamento, são designados recursos para o atendimento de uma enorme gama de demandas, relacionadas ao direito à educação, ao direito à segurança, ao direito à moradia, etc.⁸⁹ Com tais considerações em mente, pode-se compreender melhor quais são os princípios colidentes no caso objeto do experimento: de um lado, há o princípio protetivo do direito à saúde (P_i); e, de outro lado, os princípios materiais que resguardam todos os outros direitos e interesses prestigiados no orçamento público ($P_j + P_k + P_l + P_m + \dots$). Há, então, uma colisão multiprincipial.⁹⁰

O juiz imaginário, portanto, seria instado a analisar o orçamento dos entes públicos demandados para identificar os princípios colidentes com o princípio protetivo do direito à saúde. Da leitura da lei

⁸⁹ Kiyoshi Harada observa que “O orçamento reflete o plano de ação do governo, sempre elaborado com base em uma decisão política. Parlamentares ligados à massa pleiteiam inclusão de despesas nos setores que a ela interessam: gastos enormes com a saúde, a educação, a assistência social, a habitação popular, etc.”. (2012, p. 69)

⁹⁰ Essa circunstância é muito bem sintetizada por Luiz Antônio Freitas de Almeida, embora em sentido em parte divergente do que foi posto aqui: “[...] a ‘equação’ ponderativa proposta por Alexy - na qual há um conflito multiprincipial e do qual participa diretamente na ponderação a separação dos poderes e o princípio democrático - não é a representação ‘gráfica’ mais precisa e correta do fenômeno conflitual. Imagine-se o direito social da norma N4 antes proposta sobre o direito à habitação; a separação de poderes será representada pela norma N5 e o princípio democrático pela norma N6. Acrescente-se que a justificação estatal para a não satisfação desse direito a um número considerável de pessoas seja a necessidade mais premente de investir os recursos estatais na construção de postos policiais ou esquadras de polícia, para fortalecer a proteção à segurança, vida e patrimônio contra violações por intermédio de ações lesivas de terceiros. Poder-se-iam representar pelas normas N7 (direito à segurança), N8 (direito à vida) e N9 (direito à propriedade). [...] Então, o conflito poderia ser representado da seguinte maneira: $N4 \leftrightarrow N7 + N8 + N9$ ”. (2014, p. 242-243)

orçamentária anual da União referente ao exercício de 2012, o juiz imaginário identificaria vários tipos de despesas previstas: despesas referentes ao pagamento de pessoal, à amortização da dívida pública, à manutenção da Universidade de Integração Internacional da Lusofonia Afrobrasileira, à adequação do ambiente de tecnologia da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, etc. (BRASIL, 2012). Da leitura da lei orçamentária anual do Estado do Ceará referente ao mesmo exercício, o juiz imaginário se depararia com a previsão de despesas relativas à aquisição de equipamentos e mobiliários para a Academia Estadual de Segurança Pública, à melhoria da infraestrutura das escolas estaduais de ensino médio, à realização de cursos na área de prevenção e atuação em desastres e segurança pública comunitária para o efetivo do corpo de bombeiros militar, etc. (CEARÁ, 2012). E, lendo a lei orçamentária do exercício de 2012 do Município de Fortaleza, verificaria que as necessidades prestigiadas pelos poderes legitimados à feitura do orçamento haviam sido aquelas relativas à implantação do sistema de digitalização de documentos, a apoio financeiro à Associação dos Moradores do Parque Presidente Vargas e Adjacências, ao serviço da dívida interna, etc. (FORTALEZA, 2011).

Diante de necessidades tão diversas, o juiz imaginário não conseguiria sequer identificar os princípios colidentes. Ele poderia, então, achar isso desnecessário, pois o que interessa no sopesamento é o grau de importância dos princípios colidentes com o princípio protetivo do direito à saúde, ou melhor, o grau da intervenção nos princípios colidentes que pode haver caso não haja a intervenção no princípio protetivo do direito à saúde. Ele, então, preocupar-se-ia em avaliar o prejuízo que a satisfação do direito à saúde no caso concreto causaria para a satisfação dos princípios colidentes globalmente considerados. Isso poderia ser feito pela verificação do impacto que a satisfação do direito prestacional causaria à consecução das despesas concernentes à satisfação das outras necessidades prestigiadas pelo orçamento, excluindo-se as despesas concernentes à saúde, haja vista que o direito *prima facie* à saúde invocado no caso concreto não pode colidir com outras posições prestacionais abarcadas pelo mesmo direito.⁹¹

Totalizando as despesas previstas nas leis orçamentárias de 2012 da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, e delas deduzindo os valores aparentemente destinados à satisfação do direito à

⁹¹ Caso houvesse uma colisão direito fundamental à saúde *versus* direito fundamental à saúde, não haveria uma colisão entre princípios, e sim uma colisão entre meros interesses.

saúde, o juiz imaginário obteria o montante de R\$ 1.980.888.181.478,59 (BRASIL, 2012; CEARÁ, 2012; FORTALEZA, 2011). Por outro lado, o custo anual do fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) à paciente portadora da doença de Niemann-Pick tipo “C” seria no importe de R\$ 624.000,00. Comparando as cifras, o juiz imaginário seria tentado a concluir que o grau de importância dos princípios colidentes ao princípio do direito à saúde no caso concreto seria “leve”, ou melhor “levíssimo” ou até mesmo insignificante, pois o custo anual do fornecimento do medicamento comprometeria apenas 0,0000315% das despesas destinadas a outras necessidades que não as relativas à saúde pública. Ora, essa conclusão seria equivocada, pois não atentaria para a universalizabilidade da prestação reclamada. Para se evitar o cometimento de uma injustiça em favor da paciente envolvida no caso sob julgamento, o impacto infligido aos princípios colidentes deve ser calculado levando em conta o que aconteceria se o direito ao fornecimento do medicamento fosse reconhecido em favor de todos os pacientes na mesma situação retratada no caso concreto, ou seja, se o direito ao medicamento “Zavesca” (Miglustat) fosse reconhecido em favor de todos os pacientes portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C”. A mensuração do grau de importância dos princípios colidentes, feito dessa forma, visaria a observar a seguinte regra do discurso prático geral, que se faz necessária no processo de fundamentação das premissas da decisão: “(1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes”. (ALEXY, 2011, p. 287)

Para calcular o impacto que seria causado pelo fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) a todos os pacientes portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C”, o juiz imaginário deveria estimar o número de pacientes com essa doença. Para se desincumbir dessa tarefa o juiz imaginário recorreria à argumentação empírica, lançando mão de dados fornecidos pela literatura médica. Consultando alguns dados, ele seria informado de que a doença de Niemann-Pick tipo “C” “[...] é uma rara doença neurovisceral caracterizada pela progressiva neurodegeneração e morte prematura, com uma incidência estimada de diagnóstico de 1:100.000-120.000 nascidos vivos”⁹² (PATTERSON et al., 2013, p. 1.187, tradução nossa). O juiz imaginário, então, recorreria

⁹² “[...] is a rare neurovisceral disease characterized by progressive neurodegeneration and premature death, with an estimated incidence at diagnosis of 1:100,000-120,000 live births”. (PATTERSON *et al.*, 2013, p. 2, tradução nossa)

a dados estatísticos para, primeiro, estimar a população brasileira, e, na sequência, estimar o número de portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” em nosso país. O juiz imaginário descobriria que a população brasileira estimada para o ano de 2012 é de 196.526.293 habitantes (IBGE, 2008); a partir desse dado, ele estimaria o número de portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” residentes no Brasil no ano de 2012, tomando como parâmetro a média da taxa de incidência estimada para a enfermidade (1:110.000). Fazendo uma operação de divisão (população total/taxa de incidência), o juiz imaginário estimaria a população de portadores brasileiros da doença em 1.787 pessoas.

Estimada a população total de portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C”, o juiz imaginário poderia calcular o impacto orçamentário-financeiro da universalizabilidade da prestação reclamada. Fazendo simples operações de multiplicação, ele chegaria à conclusão de que o fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) a todos os pacientes portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” custaria aos cofres públicos R\$ 1.115.088.000 anuais (R\$ 52.000,00 X 12 meses X 1.787). Assim, a universalização da prestação reclamada impactaria as despesas destinadas pelos entes públicos a outras necessidades que não a saúde em 0,056%. Ou seja: de cada R\$ 100,00 destinados pelos entes públicos ao atendimento de outras necessidades que não as relativas ao direito reclamado, R\$ 0,05 seriam destinados à satisfação da posição prestacional reclamada, caso essa posição fosse universalizada. Ainda assim, o grau de importância dos princípios conflitantes com o princípio protetivo do direito à saúde, no caso analisado pelo juiz imaginário, poderia ser considerado “leve”, já que a interferência causada pelo reconhecimento da posição prestacional nos princípios colidentes não chegaria a comprometer parte significativa das receitas, mesmo se esse reconhecimento fosse universalizado.

No entanto, ainda não se pode dar por encerrada a etapa de aferição do grau de importância dos princípios colidentes. Isso porque o fato de a posição prestacional não causar prejuízos de monta do ponto de vista orçamentário-financeiro, ainda que universalizada, nada diz sobre os prejuízos que, de fato, podem ocorrer. Veja-se que uma decisão judicial que determina a realização de gastos diminui a discricionariedade do administrador tão somente pelo fato de ordenar os gastos; no entanto, por outro lado, ela *aumenta a discricionariedade do administrador* caso não indique a fonte dos recursos para os gastos ordenados. Por exemplo: no caso apreciado pelo juiz imaginário, o custo estimado do fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) a todos os portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” residentes no

Brasil alcançaria cerca de R\$ 1,1 bilhão. Esse valor é baixo se comparado ao orçamento total. Porém, não há garantia nenhuma de que os poderes Executivo e Legislativo rateiem a despesa necessária à compra do medicamento de forma linear; essa despesa extra poderia ser obtida, por exemplo, mediante o corte dos recursos destinados ao Ministério da Cultura, reduzindo o seu orçamento de R\$ 2,1 bilhões para R\$ 1 bilhão - um corte de mais de 50% (BRASIL, 2012); haveria, assim, um terrível comprometimento das ações desenvolvidas por esse órgão público. Mesmo a satisfação da prestação reclamada sem levar em conta a sua universalizabilidade poderia gerar efeitos importantes, a depender da decisão tomada pelos poderes Executivo e Legislativo: os R\$ 654 mil anuais necessários para a compra do medicamento “Zavesca” (Miglustat) a apenas um paciente poderia ser obtido mediante o corte de mais de 50% da verba federal destinada à implantação e melhoria de sistemas públicos de abastecimento de água em municípios do Piauí, orçada em R\$ 1,2 milhão no ano de 2012. (BRASIL, 2012)

Dessa forma, além de considerar a universalizabilidade da posição prestacional reclamada, o juiz imaginário deveria atentar para as possíveis consequências decorrentes do reconhecimento dessa posição, com a finalidade de evitar que a sua potencial “intromissão” em área tipicamente reservada ao espaço decisório dos outros poderes não trouxesse consequências imprevisíveis e nefastas. Ou seja: ele deve observar, na justificação das premissas de sua decisão, a regra de fundamentação do discurso que prevê a aceitabilidade das consequências de uma proposição normativa: “(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos”. (ALEXY, 2011, p. 289). A observância da regra que determina a aceitabilidade das consequências já na etapa de aferição da importância dos princípios colidentes justifica-se pelo seguinte: ao apreciar um caso de direito fundamental, deve-se trabalhar com a ideia de que o direito fundamental é um mandamento de otimização, que há de ser realizado na maior medida possível. Guiando-se por essa ideia, deve-se buscar, nos casos em que o princípio colidente não é prontamente reconhecível, identificar um princípio cujo sacrifício seja aceitável em prol da realização do direito fundamental, aumentando as chances de que o princípio protetivo do direito fundamental detenha precedência na operação de sopesamento.⁹³

⁹³ Pode-se dizer que na ideia de que os direitos fundamentais constituem mandamentos de otimização está embutida uma parcialidade em favor do reconhecimento das posições *prima facie* que lhes estão associadas.

Estando atento ao problema da aceitabilidade das consequências de sua decisão, o juiz imaginário poderia optar por prever a fonte dos recursos necessários ao fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) a todos os pacientes portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C”. Com isso, ele identificaria um princípio material colidente com o princípio protetivo do direito à saúde, dentre os vários princípios materiais consagrados no orçamento. Ele poderia, por exemplo, entender que o R\$ 1,1 bilhão necessário para a universalização da prestação demandada poderia ser obtido mediante um corte nas despesas previstas para o refinanciamento da dívida pública mobiliária federal. Contudo, determinar, por decisão judicial, o corte nos recursos destinados ao pagamento da dívida pública pode repercutir na credibilidade dos títulos do Tesouro Nacional, gerando efeitos de difícil controle no mercado financeiro. Pensando assim, o juiz imaginário, poderia, então, escolher uma despesa por ele considerada supérflua como possível fonte de recursos para a universalização da distribuição do medicamento “Zavesca” (Miglustat) aos portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C”. Então, considerando “excessivos” os R\$ 2.674.397.609,00 destinados pela União ao Ministério do Turismo, os R\$ 153.319.502,53 destinados pelo Estado do Ceará à Secretaria de Esporte e de Turismo, e os R\$ 9.905.382,00 destinados pelo Município de Fortaleza à Fundação de Cultura, Esporte e Turismo de Fortaleza, o juiz imaginário determinaria que os recursos necessários ao fornecimento do medicamento deveriam sair das provisões destinadas ao Ministério do Turismo, à Secretaria de Esporte e de Turismo do Estado do Ceará e à Fundação de Cultura, Esporte e Turismo de Fortaleza (BRASIL, 2012; CEARÁ, 2012; FORTALEZA, 2011). Dessa forma, o juiz imaginário montaria uma operação de sopesamento envolvendo, de um lado, o princípio protetivo do direito fundamental social à saúde, favorável ao fornecimento do medicamento, e, de outro lado, o princípio protetivo do direito fundamental social ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição,^{94 95} a ser afetado pelo redirecionamento de recursos

⁹⁴ Diz o artigo 6º da Constituição: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Esse dispositivo está incluído no Título II da Constituição, nomeado “Dos direitos e garantias fundamentais”. (BRASIL, 1988)

⁹⁵ O sopesamento montado pelo juiz imaginário envolveria duas normas de direito fundamental: a do direito ao lazer, prevista no artigo 6º da Constituição, e a do direito à saúde, prevista tanto no artigo 6º quanto no artigo 196 da

originariamente destinados aos setores de turismo, esporte e cultura (BRASIL, 1988). O juiz imaginário suporia, então, que a potencial afetação de tais recursos em prol do direito à saúde seria por todos aceitável, nos termos da regra do discurso que enuncia que “(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos”. (ALEXY, 2011, p. 209)

Escolhido, dentre a miríade de princípios atendidos no orçamento dos entes públicos, o princípio do direito ao lazer como colidente com o princípio do direito à saúde, tem-se plenas condições de avaliar o seu grau de importância no caso concreto. Esse grau de importância é mensurado de acordo com a intensidade da interferência advinda da satisfação universalizada do direito reclamado no caso concreto - se fosse considerada a satisfação individualizada, haveria o risco de injustiça em favor da paciente a ser atendida pela decisão judicial. Pois bem: o orçamento destinado pelos entes demandados à satisfação do direito a lazer soma R\$ 2.837.622.493,53, ao passo que a prestação de saúde, se universalizada fosse, custaria R\$ 1.115.088.000,00 anuais. Desse modo, o atendimento universalizado da posição prestacional reclamada comprometeria 39% do orçamento alocado para o setor de turismo, esporte e cultura dos entes demandados. Por isso, pode-se dizer que o comprometimento do direito fundamental ao lazer, neste caso concreto, seria “sério”.

A etapa referente à análise da regra da proporcionalidade ainda não pode ser concluída. Resta avaliar fatores referentes à chamada lei epistêmica do sopesamento: “Quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008, p. 618). Para avaliar tais fatores, o juiz imaginário deveria averiguar o nível de confiabilidade das suposições empíricas sobre a afetação do princípio protetivo do direito à saúde no caso concreto, e, a par disso, o nível de confiabilidade das suposições empíricas sobre a afetação do princípio protetivo do direito ao lazer.

Recorrendo mais uma vez à literatura médica, o juiz imaginário seria informado de que um estudo concluiu que, no tratamento de uma

Constituição. Pode-se considerar o artigo 6º como um preceito continente de várias normas de direito fundamental, numa relação “um+n a um”; já o artigo 196, como um preceito continente de apenas uma norma de direito fundamental, numa relação “um a um” (ARANGO RIVADENEIRA, 2005, p. 120-121). Sobre a relação entre preceitos e prescrições, consultar FERRAJOLI, 2011, v. 1, p. 208-214.

criança portadora da doença de Niemann-Pick tipo “C”, “[...] miglustat foi uma medicação efetiva, bem tolerada e eficaz para o tratamento dos sintomas da NPC” (SANTOS et al., 2008, p. 357-361); outro estudo, no entanto, limita-se a listar o “Zavesca” (Miglustat) dentre as potenciais terapias para a doença de Niemann-Pick tipo “C”, juntamente com estratégias de redução de substrato (dietas de baixo colesterol, estatinas), com o uso de ciclodextrinas e a modulação de proteostase com acompanhamento químico (ROSENBAUM; MAXFIELD, 2011, p. 789-795). Tendo em vista que não estaria clara a eficácia terapêutica do medicamento “Zavesca” (Miglustat) para o tratamento da doença de Niemann-Pick tipo “C”, o juiz imaginário classificaria a certeza da suposição empírica acerca da intervenção no direito à saúde decorrente do não fornecimento desse medicamento como “sustentável” ou plausível (*p*).

Na sequência, o juiz imaginário avaliaria a confiabilidade da suposição empírica acerca da importância da satisfação do princípio relacionado ao direito fundamental ao lazer, correspondente à intensidade da intervenção decorrente da não intervenção no direito à saúde. O redirecionamento de recursos em prol do atendimento da posição prestacional reclamada, levando em conta sua universalizabilidade, seria certa - é razoável supor que o corte de verbas orçamentárias destinadas ao turismo, esporte e cultura comprometeria a execução das atividades programadas. Logo, o juiz imaginário qualificaria a suposição empírica acerca da importância do direito ao lazer como “certa ou garantida” (*g*).

Resta ainda um último passo, consistente na designação de pesos abstratos aos princípios colidentes. O juiz imaginário, nesse ponto, consideraria possível o recurso a argumentos dogmáticos, nos termos da regra do discurso jurídico que enuncia que “(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados” (ALEXY, 2011, p. 292). Consultando a doutrina, o juiz imaginário leria que “[...] *inexiste hierarquia* entre normas constitucionais [...]” (BARROSO, 2009, p. 303), e que por força do princípio da unidade hierárquico-normativa “[...] todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade [...]” (CANOTILHO, 2000, p. 1.147). Ele também concordaria com José Juan Moreso quando este afirma que não há nenhuma escala de ordenação abstrata dos direitos que possa ser aceita de forma razoável (MORESO, 2008, p. 67). Então, o juiz imaginário decidiria conferir ao princípio do direito à saúde e ao princípio do direito ao lazer o mesmo peso abstrato - 1.

Coletados os dados referentes a graus de afetação e importância

de princípios, à confiabilidade das suposições empíricas e a pesos abstratos de princípios, o juiz imaginário procederia ao terceiro passo da operação de sopesamento, avaliando qual dos princípios detém precedência na situação concreta. Valendo-se da fórmula do peso, ele calcularia o peso concreto do princípio protetivo do direito à saúde no caso sob análise ($GP_{i,j}C$), tomando por base o grau de não satisfação ou de afetação do princípio do direito fundamental à saúde (IP_iC), a importância do princípio do direito ao lazer (WP_jC), o peso abstrato do princípio do direito à saúde (GP_iA), o peso abstrato do princípio do direito ao lazer (GP_jA), a confiabilidade das suposições empíricas relativas à afetação do princípio protetivo do direito à saúde (SP_iC) e a confiabilidade das suposições empíricas relativas à importância do princípio protetivo do direito ao lazer (SP_jC). Usando a escala triádica proposta por Robert Alexy, o juiz imaginário conferiria, no que toca a graus de afetação e à importância dos princípios colidentes, os valores 4 para “sério”, 2 para “moderado” e 1 para “leve”; no que toca à confiabilidade das suposições empíricas, atribuiria os valores 1 para “certo ou garantido”, $\frac{1}{2}$ para “sustentável ou plausível” e $\frac{1}{4}$ para “não evidentemente falso”. (ALEXY, 2008, p. 604-606 e 619)

Dadas as premissas acima postas, a resolução do caso submetido à apreciação do juiz imaginário pode ser representada da seguinte forma:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{4 \cdot 1 \cdot \frac{1}{2}}{4 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{2}{4} = \frac{1}{2}; \frac{1}{2} < 1; \text{prevalece } P_j.$$

Da inserção das premissas eleitas pelo juiz imaginário como variáveis da fórmula do peso decorre, como resultado, uma clara precedência do princípio protetivo do direito ao lazer, prestigiado pelos agentes políticos democraticamente eleitos, sobre o princípio protetivo do direito à saúde; logo, como não há “empate”, não há necessidade de fazer uso dos princípios formais para desfazer “[...] incertezas presentes na relação entre os princípios materiais”. (ALEXY, 2008, p. 625)

A operação matemática feita acima demonstra que, a partir do raciocínio desenvolvido pelo juiz imaginário, o direito fundamental social à saúde não prevalece no caso concreto. Assim, o direito *prima facie* à saúde não se converteria em definitivo, de forma que não haveria o reconhecimento do direito ao fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) à paciente portadora da doença de Niemann-Pick tipo “C”. O juiz imaginário, então, proferiria uma decisão expressando o conteúdo da regra do princípio que detém precedência, mais ou menos

nos seguintes termos: “indefiro o pedido de fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat)” à paciente, pois esta prestação não está abrangida por um direito fundamental social definitivo à saúde”.

3.3 LEITURA DOS RESULTADOS

O resultado do “experimento corrigido”, com um desfecho desfavorável à posição prestacional reclamada, não se afigura tão importante. Primeiro, porque se refere a apenas um caso concreto; em segundo lugar, porque seria possível invertê-lo, escolhendo como princípio colidente à posição prestacional um princípio relacionado a um bem mais prestigiado no orçamento dos entes públicos demandados, que teria uma importância “leve” na situação analisada; ou, então, mesmo que fossem mantidos os princípios colidentes com seus respectivos graus de afetação e importância (4 e 4), o resultado do sopesamento poderia ser invertido conferindo-se ao direito à saúde um peso abstrato maior (3, em vez de 1), e requalificando-se a confiabilidade da suposição empírica referente à sua afetação para “certa” (1), em vez de plausível ($\frac{1}{2}$). A apresentação de uma fundamentação sólida para a atribuição de valores às variáveis envolvidas no sopesamento seria o suficiente para justificar uma mudança do princípio prevalente.

Mais interessante que o resultado final da operação de sopesamento são os resultados parciais alcançados pelo juiz imaginário quando procurou justificar as premissas de sua decisão. Nesse ponto, não se pode deixar de notar uma diferença entre o “experimento falho” e o “experimento corrigido”. No primeiro, o juiz imaginário procedeu ao sopesamento de uma forma um tanto quanto intuicionista, avaliando a intensidade da intervenção, a importância dos princípios colidentes e as suposições empíricas a elas subjacentes de acordo com o seu sentir, com a sua “simpatia intelectual”. Já no segundo experimento, o juiz imaginário procurou satisfazer a pretensão de correção ao fundamentar racionalmente parte, ao menos, das premissas utilizadas na decisão.

Na afã de proceder à fundamentação das premissas usadas na decisão - ou seja, à justificação externa - o juiz imaginário recorreu a diferentes saberes: para verificar a adequação da medida restritiva, consultou as deliberações políticas que precederam a edição da lei que limitou o fornecimento de medicamentos; para aferir o grau de afetação do direito fundamental social à saúde, recorreu a conhecimentos provenientes da Medicina e da Bioética; para avaliar a importância do princípio colidente, valeu-se de dados estatísticos e de dados orçamentários; e, para qualificar a confiabilidade da suposição empírica

sobre a intensidade de afetação do direito fundamental à saúde, recorreu novamente à literatura médica.

Ao buscar informações em diversas áreas da ciência, o juiz imaginário fez uso de argumentos empíricos externos ao Direito, que podem ser obtidos na Economia, na Sociologia, na Psicologia, na Medicina, na Linguística, etc. Com isso, procurou seguir o preconizado por Robert Alexy, para quem “[...] uma teoria que leve em conta a argumentação empírica necessária nas fundamentações jurídicas tem de se ocupar de quase todos os problemas do conhecimento empírico, cuja inclusão na argumentação jurídica só se pode resolver mediante uma cooperação interdisciplinar” (2011, p. 230). A argumentação empírica, no caso concreto analisado pelo “juiz imaginário”, parece inevitável: com efeito, seria muito difícil, por exemplo, fundamentar a confiabilidade da suposição empírica concernente à afetação do direito à saúde mediante o recurso à lei, a precedentes judiciais e à dogmática, condições restritivas a que a argumentação jurídica está submetida.

Apesar do esforço do juiz imaginário, várias premissas de sua decisão carecem de fundamentação. Ao fazer o exame da adequação, ele verificou a conexão racional entre a medida restritiva e o objetivo legítimo buscado pelo legislador de acordo com o que foi *revelado* no processo legislativo, deixando de perquirir se a motivação revelada correspondia à motivação real. Ao avaliar o grau de afetação do direito fundamental à saúde no caso concreto, o juiz imaginário a classificou como “séria” sem um embasamento bioético muito sólido - na verdade, o embasamento foi bastante superficial. A par disso, ele escolheu, dentre todos os princípios prestigiados nos orçamentos dos entes federados, o princípio protetivo do direito ao lazer, descartando todos os demais ou a possibilidade de agregar todos eles como princípios colidentes com o direito fundamental à saúde. A contradição existente entre escolher as despesas relacionadas à satisfação do direito ao lazer como “supérfluas” para, em seguida, conferir ao princípio protetivo desse direito o mesmo peso abstrato que o atribuído ao princípio protetivo do direito fundamental à saúde é algo que não passa despercebido. É razoável supor, em adição ao que já foi dito, que uma pessoa com conhecimento mais aprofundado na área médica poderia questionar a confiabilidade da premissa empírica acerca do impacto decorrente do não fornecimento do medicamento à paciente. Da mesma forma, uma pessoa com conhecimento mais aprofundado da execução orçamentária poderia questionar a classificação das despesas com turismo, cultura e esporte como “supérfluas”, lembrando que há diversas despesas não essenciais nos setores da educação e da segurança pública, por exemplo; um

estatístico poderia questionar a estimativa do número de portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C”, e assim por diante.

Lamentavelmente, ao que parece, o esforço argumentativo do juiz imaginário foi debalde. Ainda que ele apresentasse uma fundamentação para as deficiências acima apontadas, seria inevitável que novas críticas, mais qualificadas, surgissem. E o juiz imaginário, qual Sísifo, ver-se-ia forçado a buscar novos conhecimentos para satisfazer a pretensão de correção. No entanto, felizmente a ampla discussão acerca das premissas utilizadas no processo decisório, em algum momento, é encerrada no âmbito jurídico nos termos das regras do processo judicial, que “[...] são feitas de tal modo que depois da conclusão do procedimento há somente uma possibilidade”. (ALEXY, 2014, p. 89)

O experimento corrigido, apesar das limitações, fornece elementos interessantes para avaliar como funcionaria o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy na apreciação de demandas por serviços de saúde. Em seguida, serão comentados aspectos concernentes ao enfrentamento feito pelo juiz imaginário das questões da intromissão e da injustiça, detectadas anteriormente como riscos inerentes à delimitação judicial do direito à saúde.

3.3.1 A correção da injustiça poderia ter sido menos impactante ou sequer ter sido feita

Parece conveniente iniciar a análise dos resultados apresentados pelo “experimento corrigido” pela questão da “injustiça”. Isso porque o juiz imaginário optou por enfrentar a questão sob o prisma da universalizabilidade, e a universalizabilidade repercute de forma direta na questão da “intromissão”. Se a universalizabilidade da posição prestacional reclamada não fosse um fator relevante, a questão da “intromissão” não seria relevante.

Na primeira seção, foi dito que a delimitação judicial do direito à saúde tinha o potencial de privilegiar alguns cidadãos em detrimento de outros - uns teriam acesso a medicamentos e terapias que não seriam extensíveis aos demais que se encontrassem na mesma situação. Para evitar a potencial lesão à justiça formal, o juiz imaginário aplicou a regra do discurso segundo a qual “(1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes” (ALEXY, 2011, p. 287). Ao julgar, ele assumiu a disposição de aplicar o predicado “*tem direito ao medicamento ‘Zavesca’ (Miglustat)*” a qualquer situação igual a “*ser portador da doença de Niemann-Pick tipo ‘C’*”. Ao fazê-lo,

calculou o impacto do eventual deferimento do medicamento tendo em vista não só o caso individual, mas todos os casos semelhantes, multiplicando o preço do medicamento pelo número de todos os pacientes portadores da doença. Essa operação de multiplicação é um tanto quanto rudimentar, pois, se todos os pacientes portadores da doença demandassem o fornecimento do medicamento, poderia haver tanto um aumento do preço desse bem, por escassez de oferta, quanto uma diminuição do preço, caso a satisfação da demanda via aumento da produção coincidissem com a maximização dos lucros de seus fabricantes (VASCONCELLOS; GARCIA, 2000, p. 37-38 e 72-73). Isso demonstra que a consideração da universalizabilidade da prestação reclamada requereria, no caso concreto, prognósticos sobre o comportamento dos preços da indústria farmacêutica em choques de demanda.

Mesmo que não se levem em consideração eventuais erros cometidos no cálculo do impacto que haveria com a universalização da prestação reclamada, a perspectiva do juiz imaginário pode ser criticada por não ter delimitado de outra forma o público passível de ser atendido pelo fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat). O juiz poderia obedecer ao princípio da justiça formal delimitando com mais estreiteza a “categoria essencial” que mereceria o mesmo tratamento que o postulado no caso submetido à sua apreciação. Em vez de definir, como categoria essencial das pessoas que teriam direito ao medicamento demandado, o conjunto dos portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C”, ele poderia definir, como categoria essencial mais específica, o conjunto dos portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” *que apresentem manifestações severas da doença, como ataxia e cataplexia, ou que apresentem uma taxa de sobrevida maior que 3 anos*, ou, ainda, o conjunto dos portadores da doença *que sejam pobres ou de estratos sociais historicamente discriminados*. Quanto mais específica a categoria essencial, menor o impacto causado pela universalizabilidade de uma prestação que a beneficie.

Dado que Robert Alexy preconiza que uma posição no âmbito dos direitos a prestações deve vista como definitivamente garantida se “[...] os princípios materiais colidentes [...] forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração” (ALEXY, 2008, p. 512), da especificação da categoria essencial resulta um efeito interessante: quando mais específica a categoria essencial, maior a chance de que os princípios materiais colidentes à posição prestacional sejam afetados em menor medida; consequentemente, maior a chance de reconhecimento da prestação

reclamada como direito definitivo. Explica-se: os princípios materiais colidentes são afetados em uma medida maior caso as decisões do tribunal constitucional levem em consideração a garantia de fornecimento do medicamento “Zavesca” (Miglustat) a “todos os portadores da doença de Niemann-Pick tipo ‘C’”, e em uma medida menor caso levem em consideração a garantia de fornecimento desse mesmo medicamento a “todos os portadores da doença de Niemann-Pick tipo ‘C’ *que já apresentem sintomas neurológicos severos*”. Como se pode perceber, é possível uma redução da categoria essencial a servir de parâmetro para o exame da universalizabilidade da pretensão, bastando a apresentação de uma fundamentação, nos termos da regra do discurso que enuncia que “(3.1) Quem pretende tratar a uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo”. (ALEXY, 2011, p. 288)

Com a redução da categoria essencial a servir de base para o exame da universalizabilidade da prestação reclamada, o juiz imaginário poderia diminuir o impacto que a satisfação desta produziria no princípio colidente. Elegendo, como categoria essencial das pessoas com direito ao medicamento “Zavesca” (Miglustat), os portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” que sejam hipossuficientes, que apresentem sintomas neurológicos graves e que apresentem taxas de sobrevida maior que três anos, o juiz imaginário poderia reduzir o impacto financeiro da universalização do medicamento para, por exemplo, R\$ 100 milhões anuais, em vez do R\$ 1,1 bilhão originariamente aferido. Com isso, a importância do princípio colidente poderia ser reavaliada como “leve” ao invés de “séria”, invertendo o resultado da operação de sopesamento.

Sob outra ótica, o recurso ao exame da universalizabilidade da prestação reclamada sequer deveria ter sido feito. A universalizabilidade parte do pressuposto de que se um bem não é disponível para todos, não deve ser atribuído a ninguém. Ora, essa ideia é criticável sob o prisma do princípio da eficiência. O juiz imaginário poderia considerar que não há problema nenhum em melhorar a situação de um determinado portador da doença de Niemann-Pick tipo “C” se disso não advém prejuízo aos demais, seguindo o princípio da otimalidade de Pareto.⁹⁶ Por esse raciocínio, não haveria problema nenhum em melhorar a

⁹⁶ Diz o princípio da otimalidade de Pareto: “A distribuição de bens ou um sistema de produção será ineficiente quando houver meios de melhorar ainda mais a situação de alguns indivíduos sem piorar a de outros”. (RAWLS, 2008, p. 81)

situação da paciente envolvida na demanda se disso não adviesse prejuízo concreto aos outros pacientes.

Portanto, como visto, o juiz imaginário poderia ter enfrentado a questão da “injustiça” de duas formas diferentes, pelo menos: reduzindo a categoria eleita como parâmetro de avaliação da universalizabilidade da prestação (1), ou considerando que, apesar de implicar uma potencial iniquidade, o fato de alguém receber o medicamento é algo preferível ao que aconteceria se ninguém o recebesse (2).

3.3.2 A correção da intromissão requereria argumentos sólidos e corretos

Na primeira parte deste trabalho, foi dito que a delimitação judicial do direito à saúde poderia ser vista como uma interferência do Poder Judiciário em espaço decisório reservado aos poderes Executivo e Legislativo, o que constituiria, em última análise, uma afronta ao princípio democrático. O juiz imaginário, ao enfrentar essa questão da interferência, encarou o princípio democrático como aquele que determina o respeito às decisões tomadas pelos agentes políticos democraticamente eleitos em favor de determinados princípios materiais e interesses coletivos. Tais decisões estariam corporificadas no orçamento público, e a análise desse documento propiciaria a identificação dos princípios materiais prestigiados no processo legislativo.

Uma das críticas ao tratamento da questão da “intromissão” dado pelo juiz imaginário no “experimento corrigido” é mais ou menos evidente: ele escolheu, como potencial fonte de recursos para a satisfação da posição prestacional, o Ministério do Turismo, a Secretaria de Turismo do Estado do Ceará e a Fundação de Cultura, Esporte e Turismo do Município de Fortaleza. Ele considerou as despesas desses órgãos como “supérfluas”. Ao optar pela afetação de tais despesas, o juiz imaginário montou um confronto entre o direito fundamental social à saúde - a ser satisfeito - e o direito fundamental social ao lazer - a ser sacrificado. Esse modo de montar a colisão entre princípios é facilmente criticável: alguém com conhecimento profundo de elaboração e execução orçamentária poderia observar que há despesas superfúas em todos os órgãos, e que há despesas essenciais no setor de turismo, como o destinado ao pagamento de pessoal e encargos sociais; alguém com conhecimento em Economia poderia observar que os gastos com turismo são altamente produtivos, por serem multiplicadores de renda; alguém poderia alegar que as despesas relacionadas à satisfação do

direito ao lazer não guardam identidade com as despesas previstas para os órgãos afetados, e assim por diante. Como se vê, o raciocínio desenvolvido pelo juiz para enfrentar a questão da “intromissão” foi bastante rudimentar. Contudo, não se pode negar que ele procurou, ao menos, justificar as premissas concernentes à importância do princípio colidente com o princípio protetivo do direito à saúde, e, ao restringir o setor potencialmente afetado pela eventual satisfação da posição prestacional, buscou assegurar a aceitabilidade das consequências da “intromissão”, caso ela realmente acontecesse, em caso de procedência do pedido.

É possível conjecturar uma forma de superar as deficiências acima apontadas. O juiz imaginário poderia identificar, como princípios colidentes à garantia da posição prestacional, todos os princípios e interesses prestigiados no orçamento público, com exceção do princípio protetivo do direito à saúde, no qual se insere a posição reclamada. Assim, não haveria uma colisão entre o princípio relativo ao direito fundamental à saúde (P_i) e o princípio do direito ao lazer (P_j), e sim entre aquele princípio e o conjunto de todos os outros princípios e interesses contemplados no orçamento ($P_j + P_k + \dots + P_n$). Isso suscitaria o problema da mensuração da importância deste último conjunto de princípios e interesses; se é certo que a interferência em cada um desses princípios e interesses seria “leve” ou “levíssima”, não é certo que essa interferência levíssima e “multiprincípial” seria necessariamente menor que a interferência séria e “uniprincípial” no direito ao lazer. Seria lícito indagar: é melhor uma grande interferência em um único princípio ou pequenas interferências em vários princípios?

O juiz imaginário escolheu, como premissa para justificar a importância do princípio colidente com a garantia da prestação reclamada a regra segundo a qual “(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos” (ALEXY, 2011, p. 209). Se assim é, ele deveria estudar a aceitabilidade das consequências do comprometimento dos princípios e interesses a serem sacrificados em prol do direito à saúde por todos os potencialmente afetados - ou seja: os beneficiários dos recursos destinados a outras áreas que não a saúde.

De todo modo, Robert Alexy entende que a aqui denominada “questão da intromissão” pode ser justificada nos termos de uma “representação argumentativa”. Compreendendo que “Um conceito adequado de democracia deve, todavia, abranger não somente a decisão

mas também a argumentação”,⁹⁷ ele defende que “[...] a conexão entre o povo e o parlamento deve ser determinada não apenas pelas decisões expressadas em eleições e votações mas também pela argumentação”.⁹⁸ Para ele “[...] a representação do povo pelo parlamento é, ao mesmo tempo, volitiva ou decisória bem como argumentativa ou discursiva”,⁹⁹ o que demonstraria que “[...] representação e argumentação não são incompatíveis”.¹⁰⁰ Nessa linha, haveria uma semelhança entre a representação do povo pelos parlamentos e pelas cortes constitucionais: na primeira, a representação seria volitiva e argumentativa; na segunda, puramente argumentativa. A existência dessa representação argumentativa demandaria o preenchimento de algumas condições:

[...] é necessário que a corte não apenas afirme que os seus argumentos são os argumentos do povo: um número suficiente de pessoas deve, ao menos no longo prazo, aceitar esses argumentos por razões de correção. Somente pessoas racionais são capazes de aceitar um argumento sob o fundamento de que é sólido ou correto. Isso mostra que há duas condições fundamentais para a verdadeira representação argumentativa: (1) a existência de argumentos sólidos ou corretos, e (2) a existência de pessoas racionais, ou seja, pessoas que estão aptas e dispostas a aceitar argumentos sólidos e corretos pela razão de que eles são sólidos ou corretos.¹⁰¹ (ALEXY, 2005, p. 579-

⁹⁷ “An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision but also argument.” (ALEXY, 2005, p. 579-580)

⁹⁸ “[...] the connection between the people and the parliament must not only be determined by decisions expressed in elections and votes but also by argument.” (ALEXY, 2005, p. 579-580)

⁹⁹ “[...] the representation of the people by the parliament is, at the same time, volitional or decisional as well as argumentative or discursive.” (ALEXY, 2005, p. 579-580)

¹⁰⁰ “[...] representation and argumentation are not incompatible.” (ALEXY, 2005, p. 579-580)

¹⁰¹ “[...] it is necessary that the court not only claim that its arguments are the arguments of the people; a sufficient number of people must, at least in the long run, accept these arguments for reasons of correctness. Only rational persons are able to accept an argument on the ground that it is correct or sound. This shows that there are two fundamental conditions of true argumentative representation: (1) the existence of sound or correct arguments, and (2) the existence of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct

580, tradução nossa)

Pelo visto, para a questão da “intromissão” Robert Alexy oferece a seguinte resposta: o juiz imaginário deve justificar a invasão no espaço decisório reservado aos poderes Executivo e Legislativo apresentando argumentos sólidos e corretos para pessoas racionais...O juiz imaginário, então, deveria “corrigir o experimento corrigido”, expondo argumentos mais sólidos e mais corretos que embasassem estimativas sobre o impacto decorrente da satisfação da posição prestacional.

3.3.3 Alguns achados

O “experimento corrigido” é eivado de diversas deficiências, que foram acima apontadas. Porém, ao menos em parte, o juiz imaginário procurou pautar-se pelo modelo de direitos fundamentais defendido por Robert Alexy, procedendo a uma fundamentação das premissas utilizadas para a sua decisão. E, se o juiz imaginário seguiu ao menos em parte o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy, é conveniente especular se algumas deficiências do “experimento corrigido” são derivadas do modelo adotado.

Robert Alexy preconiza que, em determinados casos jurídicos problemáticos, “[...] são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente”, sendo que, no âmbito dos direitos fundamentais, “[...] a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso” (ALEXY, 2008, p. 548 e 573). Dessa forma, o discurso jurídico no âmbito dos direitos fundamentais passa a ser contaminado pela argumentação prática geral.¹⁰²

Os efeitos dessa contaminação ficaram mais ou menos evidenciados no experimento corrigido: sem ter como mensurar os graus de afetação e a importância dos princípios colidentes mediante o recurso a elementos do discurso jurídico, caracterizado pela vinculação à lei, ao

arguments for the reason that they are sound or correct. (ALEXY, 2005, p. 579-580)

¹⁰² Diz Robert Alexy que os três fatores vinculantes do discurso jurídico - a lei, os precedentes e a dogmática “[...] estipulam muito, mas também deixam muitas questões em aberto, o que constitui uma das várias explicações para o enorme número de questões jurídicas polêmicas. Nesses casos trata-se sempre, no final das contas, daquilo que é comandado, proibido ou permitido, ou seja, de questões práticas. Quando não se pode encontrar uma resposta para essas questões somente com a ajuda do instrumentário especificamente jurídico, resta somente o retorno ao discurso prático geral”. (2014, p. 88)

precedente e à dogmática, o juiz imaginário recorreu à argumentação empírica, o que não havia feito no “experimento falho”. Aventurou-se a analisar peças orçamentárias, o que, aliás, é recomendado por parte da doutrina brasileira: fala-se que pode haver o controle jurídico e jurisdicional sobre “[...] a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais [...]” (BARCELLOS, 2008, p. 146), e que “[...] pode e deve o Judiciário, em juízo de proporcionalidade sobre a omissão administrativa, analisar a própria lei orçamentária, como caminho argumentativo racional de motivação da ponderação e da decisão concreta” (ALMEIDA, 2013, p. 132). Além disso, o juiz imaginário ousou consultar a literatura médica e a fazer estimativas acerca do número de portadores da doença de Niemann-Pick tipo “C” residentes no Brasil!

Pode-se criticar o juiz imaginário por ter adotado uma metodologia *fuzzy* ao apreciar o caso concreto, ou seja, por não saber do que estava falando ao abordar o problema complexo posto à sua apreciação, para parafrasear José Joaquim Gomes Canotilho.¹⁰³ De todo modo, a temática dos direitos sociais é desconcertante, pois é um sistema jurídico aberto tanto a conteúdos normativos inerentes ao sistema jurídico quanto a conteúdos normativos que lhe são transcendentais. (CANOTILHO, 2008, p. 99-101)

Independentemente das críticas dirigidas contra o juiz imaginário, o fato é que o próprio modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy lança uma penumbra sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. De início, nos termos da teoria do suporte fático amplo, uma ampla variedade de posições é incluída como direito fundamental *prima facie*; no entanto, o que constitui o direito definitivo exigível - que é o que realmente interessa para o jurisdicionado - é moldado ou moldável de acordo com a aplicação da regra da proporcionalidade, bastando ao juiz oferecer “argumentos sólidos” para “pessoas racionais”. Assim, ao invés de tratar do processamento de frustrações, o sistema jurídico acaba por potencializá-las.

A submissão de uma determinada demanda de prestação jurisdicional ao teste da proporcionalidade significa aceitar que o Direito não mais oferece uma expectativa condicional “[...] no sentido de uma relação se/então, entre conjuntos de fatos e consequências jurídicas”, ao

¹⁰³ Diz o referido autor que “[...] a censura de ‘fuzzysmo’, lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos económicos, sociais e culturais”. (CANOTILHO, 2008, p. 99)

passo que afirmar que a garantia de determinada posição prestacional depende do impacto que tal garantia pode causar nos princípios colidentes significa inserir a questão das consequências de uma decisão judicial no próprio processo de elaboração dessa decisão, de forma que o Direito deixa de proporcionar “[...] o desafogamento da atenção e da responsabilidade das consequências da decisão”. (LUHMANN, 1985, v. 2, p. 27 e 31)

A inserção da argumentação prática geral no discurso jurídico acaba contaminando este último com critérios extrajurídicos que “[...] incontrolavelmente, corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente”. Dado esse perigo de corrupção do sistema jurídico via inserção da argumentação prática geral no seu âmbito, “O que deve existir é o seu fechamento operacional, que é um pressuposto sistêmico para seu devido conhecimento frente a um ambiente social altamente complexo”. (CADEMARTORI; BAGGENSTOSS, 2011, p. 343)

Robert Alexy, ao dizer que “A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*” (2008, p. 544), acaba por dar as condições para uma contaminação do sistema jurídico que, enfraquecendo-o, redundará no enfraquecimento da própria proteção conferida aos direitos fundamentais. Sobre isso, comentam Luiz Henrique Cademartori e Grazielly Baggenstoss:

Permitir a interferência de códigos alienígenas na formação e ressonância das decisões judiciais significa não só obstar a evolução do Direito e, por conseguinte, da sociedade, como, igualmente, promover a regressão de seu movimento sistêmico e não confiar em seus elementos normativos atuais, já que o debate acerca de um utópico *dever ser* revela a incredibilidade do direito posto e vigente. Tal contexto, agregado à hipercomplexidade social e à ausência de uma moral única à sociedade, ocasiona o enfraquecimento do sistema jurídico, o qual, progressivamente, remanesce à mercê dos interesses defendidos por outros códigos, além de propagar a sua ausência de credibilidade. (2011, p. 356)

Os autores ainda aduzem que devem ser abandonadas “[...] as possibilidades de entrelaçamento entre o sistema jurídico com a Moral

e/ou Política, o que é defendido pelo Neoconstitucionalismo [...]”, e que é “[...] inconcebível a perquirição acerca do consenso do Direito com a Justiça ou com a Política (o que representa o exame do sistema jurídico a partir de um ponto de vista externo), pois caracterizaria uma desconstrução do Estado de Direito”. (CADEMARTORI; BAGGENTOSS, 2011, p. 356-357)

A perspectiva defendida por Luiz Henrique Cademartori e Grazielly Baggenstoss parece ter sido comprovada pela experimentação desenvolvida neste trabalho. Procurando seguir o modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy, o juiz imaginário, ao apreciar um caso envolvendo o direito à saúde, resolveu, no “experimento corrigido”, ultrapassar o nível do discurso jurídico, buscando a justificação das premissas de sua decisão em códigos alienígenas. Ao fazê-lo, longe de obter uma decisão mais correta, obteve uma decisão tão ou mais criticável que a tomada no “experimento falho”, apesar de seu esforço argumentativo.¹⁰⁴ Pode-se dizer que o recurso a critérios extrajurídicos foi uma espécie de confissão da insuficiência dos critérios jurídicos, comprometendo a credibilidade do próprio sistema no qual a decisão se insere.

Em uma área tão sensível como a do direito fundamental social à saúde, cuja dogmática ainda está em vias de desenvolvimento, não parece conveniente recorrer a modelos teóricos que embaralham o âmbito jurídico com o âmbito político, moral ou econômico. Como o “experimento corrigido” insinua, o modelo teórico de Robert Alexy convida o jurista a sair do campo estreito do discurso jurídico para ingressar no campo mais largo do discurso prático geral; porém, tão logo o jurista ingressa nesse campo, vê-se enredado no labirinto das fundamentações intermináveis, com apenas um conselho: apresente argumentos sólidos para pessoas racionais. O ganho oferecido por esse modelo teórico, que é essencialmente dar mais transparência às decisões ponderativas (AMANDI, 2012, p. 251), não parece compensar as perdas que lhe são associadas.

Por tudo isso, é possível afirmar, com base nesta limitada investigação, que o modelo teórico de Robert Alexy é inadequado para balizar a delimitação judicial do direito fundamental social à saúde no

¹⁰⁴ A diferença entre a decisão do “experimento falho” e a decisão do “experimento corrigido” pode ser resumida da seguinte forma: enquanto a primeira é criticável de forma superficial, por qualquer pessoa, a segunda é criticável de forma profunda, por pessoas dotadas de saberes mais especializados.

Brasil. Como o experimento corrigido parece ter revelado, a aplicação desse modelo pode servir para dar uma aparência de fundamentação a escolhas arbitrárias do julgador, na pior das hipóteses, ou para expor fundamentações altamente questionáveis e contaminadas por critérios extrajurídicos, na melhor das hipóteses. Em um e outro caso o modelo não se afigura promissor para consolidar a forma de delimitar judicialmente o direito à saúde no Brasil. A descoberta de um modelo promissor constitui um novo problema para uma nova investigação.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Uma perspectiva que merece ser estudada é a de Luigi Ferrajoli, que propõe a constituição de instituições de garantia de direitos sociais infensas ao comando e ao controle políticos, dotadas da mesma autonomia tradicionalmente reconhecida às instituições judiciais. O autor propõe, também, a formação de uma específica jurisdição social ou de direito objetivo, destinada à detecção e à prevenção de lesões ou descumprimentos de direitos sociais, e a vinculação de receitas orçamentárias em prol da satisfação de tais direitos. (FERRAJOLI, 2011, v. 2, p. 384-390)

4 CONCLUSÃO

A delimitação judicial do direito fundamental social à saúde carece de critérios que lhe deem consistência, principalmente diante dos riscos que envolve: de um lado, a “intromissão” do Judiciário em área tipicamente reservada à atuação dos outros poderes; de outro lado, a “injustiça”, consistente na outorga de prestações de saúde aos demandados sem levar em consideração a sua universalizabilidade. Neste trabalho, procurou-se verificar se o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy era adequado ao enfrentamento desses riscos.

A primeira seção dedicou-se a traçar o panorama da delimitação judicial do direito à saúde no Brasil. Desenham-se quatro posições possíveis sobre a amplitude das prestações garantidas por esse direito: duas “extremadas” - a que defende a amplitude em grau zero e a que defende a amplitude em grau máximo - e duas “intermediárias” - a que defende a amplitude em grau limitado e a que defende a amplitude em grau variável. Depois, expuseram-se três julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que se tratou do direito prestacional à saúde: um, em que se adotou uma perspectiva “generosa” sobre a abrangência do direito; outro, em que se adotou uma perspectiva “restritiva”; e um terceiro julgamento que pretendeu abrir uma terceira via entre as perspectivas “generosa” e “restritiva”, mas que, na verdade, era uma decisão “generosa”. No final da primeira seção, abordaram-se as questões da “intromissão” e da “injustiça”, que cercam o reconhecimento do direito a prestações de saúde não previstas na legislação infraconstitucional: o juiz, ao reconhecer em favor de alguém o direito a uma determinada ação ou serviço de saúde com fundamento direto na Constituição, desconsiderando ou suprimindo a intermediação legislativa, pode ser acusado de usurpar competências constitucionais do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sem levar em conta as consequências nefastas de sua decisão; a par disso, ao não levar em conta a universalizabilidade da ação ou serviço de saúde deferido no caso concreto, pode o juiz conferir às pessoas que demandam em juízo um tratamento privilegiado frente aos demais usuários do sistema público de saúde.

Na segunda seção apresentou-se o modelo teórico de direitos fundamentais de Robert Alexy. Destacou-se a importância dada pelo autor ao tema da argumentação jurídica, revelando-se que, para ele, o discurso jurídico insere-se no conjunto maior do discurso prático geral. No âmbito específico dos direitos fundamentais, essa ligação entre o

discurso jurídico e o discurso prático geral seria mais intensa, pois a própria previsão de direitos fundamentais implicaria uma abertura do sistema jurídico em face da Moral. Na segunda seção também foram enumeradas as regras e formas do discurso prático geral e as regras e formas do discurso jurídico que, nos termos da teoria do discurso de Robert Alexy, delineiam o procedimento a ser observado para que uma argumentação seja qualificada como correta. Enumeradas as regras do discurso elaboradas por Robert Alexy, expuseram-se aspectos destacados da sua “teoria dos direitos fundamentais”, tais como a distinção entre regras e princípios, o problema da restrição a direitos fundamentais e a questão da determinação do suporte fático dos direitos fundamentais, passando pela questão da natureza principiológica de tais direitos, que leva à aplicação da regra da proporcionalidade, da lei da colisão, da lei do sopesamento e da fórmula do peso. Tratou-se de forma mais específica da questão dos direitos fundamentais sociais, expondo-se a resposta geral dada por Robert Alexy para determinar o direito fundamental social definitivo. Ao final da segunda seção, indicou-se a situação em que se reconhece um espaço discricionário em favor dos agentes políticos democraticamente eleitos na definição do direito fundamental social definitivo, que é a situação em que a equação ponderativa não aponta claramente qual dos princípios colidentes detém precedência.

A terceira seção dedicou-se a realizar um teste do modelo teórico de Robert Alexy, para verificar seu funcionamento em um caso concreto no qual se pleiteava uma determinada prestação de saúde. Em primeiro lugar, foram indicadas as características do modelo que poderiam influenciar nos resultados obtidos pelo experimento e que deveriam ser “toleradas” para que o exercício a ser realizado fosse possível. Em segundo lugar, realizou-se um “experimento falho”, no qual as premissas da decisão não foram fundamentadas; na sequência, introduziram-se elementos corretores da “intromissão” e da “injustiça” mencionadas na primeira seção, que correspondem a duas regras do discurso elaboradas por Robert Alexy; introduzidos os elementos corretores, procedeu-se ao experimento corrigido, no qual se buscou a aplicação fiel do modelo teórico de Robert Alexy na delimitação judicial do direito à saúde em um caso hipotético inspirado em um caso real. No final da terceira seção, teceram-se considerações gerais sobre o modelo teórico de Robert Alexy, a partir das descobertas possibilitadas pelo “experimento corrigido”.

O modelo teórico de Robert Alexy propõe que a determinação dos direitos fundamentais definitivos, que são os direitos que realmente

interessam aos jurisdicionados, passa pela aplicação da regra da proporcionalidade, notadamente pela operação de sopesamento. No caso do direito à saúde, a adoção desse modelo faz com que se encare a amplitude prestacional desse direito como “variável”. Assim, em cada caso concreto, haveria o risco de que, a depender dos princípios eleitos como colidentes e dos graus de afetação e de importância a eles conferidos, a prestação fosse reconhecida como devida ou não. Em cada demanda seria renovada a incerteza acerca da exigibilidade do direito prestacional. Isso não parece alvissareiro, ao menos se se entende o Direito como um instrumento de redução da complexidade social. Além disso, a adoção do modelo teórico de Robert Alexy, ao possibilitar a contaminação do discurso jurídico com critérios extrajurídicos, requer do julgador uma disposição para fundamentar que, por ser demasiadamente custosa, talvez seja inviável. Pior do que isso: ainda que haja a disposição para fundamentar, uma fundamentação baseada em critérios extrajurídicos, possibilitada pela abertura do discurso jurídico ao discurso prático geral, poderia ser inócua: apenas tornaria uma decisão judicial questionável sob o ponto de vista jurídico uma decisão judicial questionável sob o ponto de vista prático geral. Na verdade, parece que à fundamentabilidade preconizada por Robert Alexy falta uma teoria sobre o consenso.

Se se compreende o Direito como um espaço argumentativo em que se busca satisfazer uma pretensão de correção, sem limitações de tempo, o modelo teórico de Robert Alexy pode ser visto como um caminho propício para definir, em cada caso concreto, o que constitui um direito fundamental social definitivo à saúde. Contudo, caso se entenda que o Direito é um espaço no qual se tomam decisões sobre questões sensíveis às pessoas, caso se entenda que o Direito é um meio de reduzir frustrações e de confirmar expectativas, caso se entenda que a previsibilidade das decisões é um valor caro à jurisdição, o modelo teórico de Robert Alexy não parece um caminho promissor para balizar a questão da delimitação judicial do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

AHLERT, Marlies; PFARR, Christian. Attitudes of germans towards distributive issues in the german health system. **Universität Bayreuth Discussion Paper 05-14**, Universität Bayreuth, Bayreuth, p. 1- 31, 26 jun. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2459480>>. Acesso em: 22 set. 2014.

ALEMANHA. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011.

Disponível em:

<http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford University Press e New York University School of Law, New York, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

_____. Discourse theory and fundamental rights. In: MENÉNDEZ, Agustín J.; ERIKSEN, Erik O. (ed.). **Constitutional rights through discourse: on Robert Alexy's legal theory**. European and theoretical perspectives. Oslo: Arena Report, n. 9, 2004, p. 35-51. Disponível em: <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/reports/2004/Report_09_04.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, Istituto Giuridico A. Cicu, Università di Bologna, Bologna, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. A ponderação judicial na solução de conflitos entre direitos fundamentais sociais densificados em leis e regras orçamentárias. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Ponderação e proporcionalidade no Estado constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 97-144.

_____. **Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle político racional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014.

AMANDI, Victor Rojas. **La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy**. 1ª ed. México: Universidad Autónoma de México, 2012. Disponível em:

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3088>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 2003.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. 1ª ed. Bogotá: Legis, 2005.

AVELÂS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

_____. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.

_____. Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 11 jan. 2015.

_____. Lei n. 12.595, de 19 de janeiro de 2012. Estima a receita e fixa a despesas da União para o exercício financeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12595.HTM>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Senado Federal. Pareceres nºs 589 e 590, de 2010a. Sobre o Projeto de Lei do senado nº 338, de 2007, de autoria do Senador Flávio Arns, que *acrescenta Capítulo à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, prestação e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Relatores: Tasso Jereissati e Eduardo Azeredo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=77887&tp=1>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

_____. Portaria MS/GM n. 1.554, de 30 de julho de 2013a. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html>. Acesso em: 11 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Inexistência. Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, é aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua, ao impetrante, um direito subjetivo próprio. Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completá-las

através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, “ou não dispõem de eficácia plena”, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe “todos têm direito e o Estado o dever” - dever de saúde - como afixam os constitucionalistas, “na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes”. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante. Recurso em Mandado de Segurança n. 6.564/RS. Recorrente Francis Piccoli Pedrosa e Recorrido Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. 23 de maio de 1996. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito à saúde. Fornecimento pelo poder público do tratamento adequado. Solidariedade dos entes federativos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Colisão de direitos fundamentais. Prevalência do direito à vida. Precedentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 801.676. Agravante Estado de Pernambuco e Agravada Patrícia Moraes Dantas de Souza. Relator Ministro Roberto Barroso. 19 de agosto de 2014a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 762.242. Agravante Estado do Rio de Janeiro e Agravada Severina Belarmina de Melo de Oliveira. Relator Ministro Dias Toffoli. 19 de novembro de 2013b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição n. 1.246. Requerente Estado de Santa Catarina e Requerido João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator Ministro Celso de Mello. 13 de fevereiro de 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Paciente portador de hepatopatia crônica, child C, diabetes mellitus tipo 2 e insuficiência renal crônica não dialítica - pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial - fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes - dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, "caput", e 196) - precedentes (STF) - responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado federal brasileiro - consequente possibilidade de ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais - recurso de agravo improvido. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 812.424. Agravante Estado do Piauí e Agravado Gonçalo Barbosa Soares. Relator Ministro Celso de Mello. 5 de agosto de 2014b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. Requerente Estado de Alagoas e Requerido Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relatora Ministra Ellen Gracie. 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos

poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravamento regimental a que se nega provimento. Agravamento Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Agravante União e Agravados Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator Ministro Gilmar Mendes. 17 de março de 2010b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Requerente União e Requerido Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator Ministro Gilmar Mendes. 18 de setembro de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 set. 2014.

BREYER, Friedrich. Health care rationing and distributive justice.

Rationality, markets and morals, Frankfurt-School-Verl, Frankfurt, Main, v. 0, p. 395-410, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, Fundação Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, v. 11, n. 1, p. 135-142, 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A coerência do sistema jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Sequência**, Fundação José Boiteux, n. 62, p. 323-359, jul. 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão crítica. In: ESPÍRITO SANTO, Davi; PASOLD, César. **Reflexões sobre teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; VIEIRA, Douglas Machado. O Estado Social em confronto com o discurso neoliberal e seu papel de gerenciar crises e garantir os direitos sociais. **Novos Estudos Jurídicos**, Universidade do Vale do Itajaí, v. 15, n. 1, p. 85-102,

jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

CARDOSO, Camila Daros. Ações de concessão judicial de medicamentos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2464, 31 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14609>>. Acesso em: 23 ago 2014.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. O caso da escola malcuidada: uma análise à luz da teoria dos princípios. **Revista Quaestio Iuris**, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2014.13434>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

CEARÁ. Lei n. 15.110, de 02/01/2012. Estima a receita e fixa a despesas do Estado para o exercício financeiro de 2012. Disponível em: <http://www.seplag.ce.gov.br/images/stories/Planejamento/LOA_2012_n_15.110_texto_da_Lei.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

CHAFUEN, Alejandro A. Justicia distributiva en la escolástica tardía. **Estudios Públicos**, Centro de Estudios Públicos, Santiago, n. 18, p. 5-20, 1985. Disponível em: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_835_1565/rev18_roover.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

CHIEFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1.839-1.849, ago. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000800020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 set. 2014.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, n. 9, p. 45-66, jan./jun. 2009.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidade en el derecho constitucional**. 1ª ed. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

- COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto et al (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COOLEY, Thomas M. Cooley. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union**. 7ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1903. Disponível em: <<https://archive.org/details/treatiseonconsti00coolrich>>. Acesso em: 20 jan. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 479-489, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2012000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 set. 2014.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. 3 v.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Brazil - Health inequalities, rights and courts: the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri (Org.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?** Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 76-102.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2014.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FORTALEZA. Lei n. 9.855, de 22 de dezembro de 2011. Estima a receita e fixa a despesas do Município para o exercício financeiro de

2012. Disponível em:

<http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/default/files/loa_2012_-_lei.pdf>.

Acesso em: 12 jan. 2015.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859-874.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição.

Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Universidade Federal do Paraná, v. 34, p. 59-76, 2000.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 255-276.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GLOPPEN, Siri. Litigating health rights: framing the analysis. In: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri (Org.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?** Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 17-39.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 827- 858.

IBGE. **Projeção da população do Brasil por sexo e idade para o período 1980-2050: revisão 2008**. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

Disponível em:

<<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=POP300&t=revisao-2008-projecao-populacao-brasil>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KOERICH, Magda Santos; MACHADO, Rosani Ramos; COSTA, Eliani. Ética e bioética: para dar início à reflexão. **Texto contexto - enfermagem**, Florianópolis, v. 14, n. 1, Mar. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 jan. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, CMB, Brasília, v. 1, p. 21-34, jul./dez. 2011

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENESES, Geraldo Magela e Silva. Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Brasília, v. 40, n. 159, p. 19-35, jul./set. 2003.

Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/871>. Acesso em: 19 set. 2014.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **El principio de la proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008. p. 63-75.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos**

sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 905-924.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra/Wolters Kluwer, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetivação frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

ONU. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **The right to the highest attainable standard of health.** Genebra, 2000. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.En)>. Acesso em 11 jan. 2015.

PATTERSON, Marc C. et al. Disease and patient characteristics in NP-C patients: findings from an international disease registry. **Orphanet J Rare Dis**, v. 8, n. 12, p. 10.1186, 2013. Disponível em: <<http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1750-1172-8-12.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2.405-2.414, ago. 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 set. 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho. **Derechos y libertades**, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, n. 14, 2006. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=130018>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria geral do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

PULIDO, Carlos Bernal. On Alexy's weight formula. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (Ed.). **Arguing fundamental rights**. Dordrecht: Springer, 2006. p. 101-110.

RAUSCHMAYER, Felix. Philosophical aspects of incommensurability and incomparability. **Informatica**, Institute of Mathematics and Informatics, Vilnius, v. 12, n. 1, p. 119-132, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Reexame Necessário. Direito público não especificado. Direito administrativo. Serviços. Saúde. Tratamento. Falta de interesse processual. Isenção do

pagamento de custas processuais. No que se refere ao pedido veiculado pelo ente estatal no sentido de que seja afastada a condenação no pagamento das custas processuais, a pretensão recursal resta prejudicada, eis que não houve tal condenação na sentença guerreada. Interesse recursal inocorrente. Recurso não conhecido no ponto.

Ilegitimidade passiva - Responsabilidade solidária. Os fundamentos invocados pelos recorrentes para sustentar suas ilegitimidades passivas confundem-se com o mérito da causa. Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Compete ao Poder Público, independentemente da esfera institucional a que pertença, a responsabilidade de cuidar do sistema de saúde posto à disposição da população, o que permite ao cidadão direcionar a busca por seus direitos a qualquer dos entes federativos. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios detêm competência comum, em matéria administrativa, inexistindo a pretendida ordem na busca dos serviços e ações. Artigo 23, inciso II, da Constituição Federal.

Responsabilidade solidária dos entes federativos no funcionamento do Sistema Único de Saúde. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Órgão Fracionário. Mérito. Para o deferimento do pleito, basta estar comprovada a enfermidade do cidadão e que o procedimento tenha sido devidamente prescrito pelo médico que trata o paciente. No caso concreto, irrepreensível a sentença que confirmou a antecipação de tutela para ordenar a disponibilização do tratamento requerido pelo autor, o qual demonstrou a sua necessidade e a precária condição econômica para custear o tratamento. **Independência do Poder Executivo.** Não se há de falar em invasão do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo, quando verificada omissão de preceito constitucional. Alegação de questões orçamentárias não se sobrepõem à necessidade de garantir o direito fundamental ameaçado, o que justifica a ordem de fornecimento gratuito do tratamento cirúrgico pleiteado, haja vista a carência financeira do doente. **Infração à isonomia do direito à saúde. Afastamento. Direito absoluto.** Não se há de imaginar esteja a decisão recorrida a desatender ao princípio da isonomia do direito à saúde (tratamento equânime à população) para atender um único cidadão, eis que a saúde de uma única pessoa abriga absoluto interesse público do Estado da manutenção da vida. Ademais, a pretensão posta em recurso, no ponto, subsume-se, em realidade, em não conceder ao cidadão requerente o que Estado também não proporciona aos demais, numa proposta de verdadeira isonomia do flagelo. Ofensa ao princípio da distributividade do direito à saúde. Inocorrência. Princípio setorial, necessariamente conformado aos princípios gerais.

Logo, completamente descabido colocá-lo em confronto com os fundamentais, pois de categorias hierárquicas distintas. Princípios como da distributividade e seletividade estão ligados às condições materiais em que se deve dar a repartição ou disposição da saúde, diretamente ligados à otimização e eficiência. Logo, não se postam na escala dos princípios fundamentais. Honorários advocatícios - Apelo municipal. No que tange ao pleito de redução da verba honorária, sem razão o ente público. O valor arbitrado na origem não merece redução, forte no disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, tendo em vista a natureza e a importância da causa, bem como o tempo despendido na presente demanda. Ademais, o quantum não está desbordante dos padrões adotados por esta Câmara Cível em casos análogos. Atualização monetária da verba honorária - alteração de ofício. Há de ser observado o art. 1º, alínea "F", da Lei nº. 9.494 de 1997 referentemente à atualização da verba honorária a ser paga pela Fazenda Pública, ou seja, a correção há de ocorrer pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Reexame Necessário. Não está sujeita ao duplo grau de jurisdição, modo obrigatório, a sentença fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal, ou do tribunal superior competente. Entendimento do art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil.

Conheceram parcialmente do recurso do Estado e, na extensão, negaram provimento; negaram provimento ao recurso do Município. Disposição de ofício. Não conheceram do reexame necessário. Unânime. Apelação Cível nº 70056005614. Apelantes Município de Santo Antônio da Patrulha e Estado do Rio Grande do Sul e Apelado Cezário Souza de Linhares. Relatora Desª Laura Louzada Jaccottet. 6 de novembro de 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 25 ago 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Popper e o processo de ensino-aprendizagem pela resolução de problemas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, jun. 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 fev. 2015.

ROSENBAUM, Anton I.; MAXFIELD, Frederick R. Niemann-Pick type C disease: molecular mechanisms and potential therapeutic approaches. **Journal of neurochemistry**, v. 116, n. 5, p. 789-795, 2011. Disponível em:

<<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3008286/>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

SANTOS, M. L. F. et al. Treatment of a child diagnosed with Niemann–Pick disease type C with miglustat: a case report in Brazil. **Journal of inherited metabolic disease**, v. 31, n. 2, p. 357-361, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível e recurso "ex officio". Ação Civil Pública. Pretensão do Ministério Público ao fornecimento de equipamentos (cadeira de rodas adaptadas e órteses) aos substituídos elencados na exordial. Ação julgada procedente na origem. Não sujeição do direito à saúde, a um escalonamento (graduação) na implantação de políticas públicas, imposto pela "reserva do possível", cujo discrimen de prioridades incumbe à Administração Pública e não ao Judiciário. Sentença mantida. Negado seguimento ao recurso da Fazenda do Estado. - "Os Tribunais Superiores e esta Egrégia Corte vêm dando conforto e tornou-se pacífico o entendimento de que todos têm direito à saúde e à vida e que esta prepondera acima de qualquer outro interesse, sendo obrigação do Estado - usada essa expressão em seu sentido mais amplo e universal (União, Estados e Municípios) - prestar assistência integral aos necessitados e carentes de recursos. Apelação Cível nº 0003873-66.2011.8.26.0246. Apelante Fazenda do Estado de São Paulo e Apelado Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Rui Stoco. 18 de março de 2013.

Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6589781&cdForo=0&v1Captcha=VUePH>>. Acesso em: 25 ago 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Medicamentos. O Estado apenas está obrigado a desenvolver políticas públicas na área da saúde, sem que o particular tenha ação para compeli-lo a entregar medicamentos fora das políticas por ele desenvolvidas. O Estado vem se organizando para atender apenas os carentes, da rede pública, do SUS, sem que possa amparar aqueles que têm condições de custear os próprios tratamentos. Medicamento, no caso, que não é recomendado ao tratamento da enfermidade diagnosticada. Ação improcedente. Recurso provido. Apelação nº 918.976.5/0-00. Apelante Fazenda do Estado de São Paulo e Apelado Sérgio Tabbal Chamati. Relator Urbano Ruiz. 20 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 21 ago 2014.

SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro

2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 19 ago 2014.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-172.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Derechos fundamentales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: um análisis empírico. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel (coord.). **Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy**. Granada: Comares, 2011.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). **La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 243-259.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? **Law and Social Inquiry**, v. 36, p. 825-853, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 22 set. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS: consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA: jurisprudência catarinense. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: consulta de jurisprudência. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIGO, Rodolfo. Balance de la teoría discursiva de Robert Alexy. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Alicante, v. 26, p. 203-224, 2003. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142077359847201680/015785.pdf?incr=1>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

WALZER, Michael. Philosophy and democracy. **Political Theory**, Johns Hopkins University, Baltimore, v. 9, n. 3, p. 379-399, ago. 1981. Disponível em : <<http://www.jstor.org/stable/191096>>. Acesso em: 17 set. 2014.